



Sandro Mainardi

Il sistema disciplinare nelle autonomie locali: un cantiere aperto

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 53/2007



© Sandro Mainardi 2007
Facoltà di Giurisprudenza - Università di Bologna
sandro.mainardi@unibo.it

ISSN - 1594-817X
Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"
Via Crociferi, 81 – 95124 Catania (Italy)
Tel: + + 39 095 230464 – Fax: + +39 095 313145
centrostudidantona@lex.unict.it
www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione

Il sistema disciplinare nelle autonomie locali: un cantiere aperto*

**Sandro Mainardi
Università di Bologna**

1. Il modello privatistico funziona?	2
2. Alla ricerca dell'efficienza dei sistemi disciplinari nelle p.a.	4
3. L'assetto delle fonti. Ruolo della contrattazione collettiva, contaminazioni del legislatore, fonti regolamentari negli Enti locali.	7
4. Il soggetto attivo del procedimento e l'attribuzione dei poteri datoriali. Chi è l'UPD negli Enti locali.	13
5. <i>Segue</i> . L'Ufficio per i procedimenti disciplinari anche per i dirigenti, ovvero «il buio oltre la siepe».	17
6. Il procedimento disciplinare: da veicolo di legittimità formale del provvedimento, a strumento di controllo sostanziale e procedurale sull'esercizio dei poteri datoriali.	23
7. I rapporti tra illecito penale e procedimento disciplinare.	28
8. Una conclusione.	30
9. Bibliografia:	31

* Il presente contributo è di prossima pubblicazione in *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, fasc. 30, *L'impiego pubblico negli Enti locali*, Torino, UTET, 2007.

1. Il modello privatistico funziona?

E' trascorso ormai un decennio da quando, con la prima tornata di contrattazione collettiva successiva alla riforma del lavoro nelle p.a. (Ccnl 1994-1997), il settore pubblico ha davvero cominciato a misurarsi con la profonda trasformazione dei sistemi disciplinari, sul piano delle fonti di regolamentazione ma, ancor prima, e con ben più penetrante portata, su quello del fondamento giuridico e normativo dei poteri datoriali.

L'impresa si è rivelata sin dal primo momento tutt'altro che semplice ed indolore (Esposito 1993; Mainardi e Miscione 1995). Anzitutto perchè la riforma andava ad investire istituti, quello disciplinari, considerati addirittura fondativi del rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni secondo il noto modello della «supremazia speciale» di matrice pubblicistica, ben allocato nel raggio di copertura ampio dell'art. 97 Cost. (Offidani 1953; Contieri 1984, p. 11; per una ricostruzione storica v. Rusciano 1978 e Battini 2000, p. 197 e ss.-263 ss.); in secondo luogo perchè, pur affermandosi un diverso assetto delle fonti e del regime giuridico degli atti che regolano la materia, in chiave squisitamente privatistica, la sequenza procedimentale tipica di questa attività del datore di lavoro ha continuato a subire un'attrazione forte verso la strumentazione propria del diritto amministrativo, peraltro alimentata dalla prima giurisprudenza fornita in materia dai Tar e dal Consiglio di Stato¹ (per una rassegna Apicella, Curcuruto, Sordi e Tenore, 2005, p. 244-245). Infine, la pesante eredità costituita dai sistemi disciplinari modellati sul T.u.imp.civ. Stato del 1957 (organi, competenze, termini, ecc.) ha influenzato per più di un momento il quadro interpretativo, determinando, nella concreta applicazione, deviazioni funzionali ed organizzative del tutto incompatibili con il nuovo assetto.

L'impresa si rivelava però, allo stesso tempo, assolutamente essenziale per restituire efficienza e credibilità ad un sistema segnato dall'esperienza in termini prevalentemente negativi: non molto tempo fa, proprio su queste pagine dei *Quaderni*, Gianfranco Mor introduceva al tema del «lassismo disciplinare» nel pubblico impiego registrando come il potere disciplinare «nella maggior parte dei settori, non è più una realtà operante e solo un'esigua minoranza di illeciti ha conseguenze di tipo disciplinare», sì da apparire necessario «ristrutturare la pubblica amministrazione sul modello dell'impresa privata, attenuando i vincoli normativi che attualmente condizionano i dirigenti, ai quali si vorrebbe riconoscere maggiore libertà di movimento, appunto sul modello dei *managers* privati» (Mor 1991, p. 27-29).

¹ Cfr. ad es. le posizioni assunte dal Consiglio di Stato in materia di accesso agli atti del procedimento disciplinare, ove si è offerta una lettura sintonica con quella dell'applicazione della l. n. 241/1990 che regola il procedimento amministrativo: Cfr. Cons. Stato, sez. I, 18 giugno 1997, n. 1227, in *GDA*, 1998, 63; Cons. Stato, sez. IV, 6 agosto 1997, n. 772, in *FA*, 1997, 1950; Cons. Stato, sez. IV, 4 luglio 1996, n. 820, in *GDir.*, 1996, 39, 83; Commissione per l'accesso agli atti amministrativi, parere n. 241/1995, in *L'accesso agli atti amministrativi*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 1995, 47. *Contra*, la tesi della Corte di cassazione, la quale, proprio con riferimento alla materia disciplinare, ha affermato che «la sanzione disciplinare è irrogata mediante negozio giuridico, con il quale viene esercitato il diritto potestativo di incidere sulla sfera giuridica del dipendente, diritto conferito all'amministrazione dalle regole del rapporto (come determinate dal contratto e dalla legge)», facendo da tale presupposto discendere la conseguenza della «inapplicabilità del regime proprio degli atti amministrativi e l'inerenza della materia a situazioni di diritto soggettivo e non di interesse legittimo»: cfr. Cass., 7 aprile 1999, n. 3373, in *GC*, 1999, I, 2997, con nota di Noviello; ma v. anche Cass., sez. un., 5 dicembre 2000, n. 1251, *ivi*, 2001, I, 339; Cass., sez. un., 19 gennaio 2001, n. 10, *ivi*, 2001, I, 1381; Cass., sez. un., 17 luglio 2001, n. 9650, in *FI*, 2002, I, 2967, con nota di D'Auria; e, da ultimo, Cass., 16 maggio 2003, n. 7704, in *FI*, 2003, I, 2675; Cass., 28 luglio 2003, n. 11589, in *GC*, 2004, I, 273. Sul tema v. Noviello 2004.

E' dunque il tempo della sedimentazione di quel modello privatistico che, innestato sul ramo generale della privatizzazione dei poteri datoriali *ex art.* 5 d.lgs. n. 165/2001, doveva riconsegnare agli enti pubblici il pieno controllo dello strumento disciplinare, coesistente, pur con i dovuti adattamenti e correttivi ampiamente esplorati dalla dottrina nell'ambito del settore privato (Persiani 1966, Montuschi 1970, Tullini 1989), allo schema del contratto nell'asse adempimento/inadempimento della prestazione di lavoro (Napoli 1980, p. 141 ss.). Tale sedimentazione transita, oltre che dall'assetto delle fonti storicamente affermatosi nell'impresa tra legge e contratto collettivo, anche attraverso l'utilizzo di una sequenza procedimentale tutta imbastita attorno alla trama dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, con una forte semplificazione, in termini di economicità e tempestività dell'azione disciplinare, rispetto all'imponente modello procedurale del T.u. del 1957. Non solo, in quanto completa il circuito il passaggio della giurisdizione verso quella ordinaria del lavoro, offrendo al datore pubblico quel «diritto generale» e «vivente» del rapporto disciplinare, maturato nell'ultratrentennale esperienza giurisprudenziale sull'art. 7 Stat. lav., di sicura applicazione dato il comune fondamento del potere nei due settori, privato e pubblico (Mainardi 2002a, p. 448).

Certo, l'imputazione del modello poteva e può incontrare più di una difficoltà, oltre che per le ragioni dette, per il particolare intreccio tra lavoro, organizzazione e distribuzione dei poteri datoriali proprio di una organizzazione complessa quale è quella di una pubblica amministrazione, spesso strutturalmente articolata tra un centro ed una periferia, fortemente parcellizzato nelle competenze il primo e scarsamente o per nulla autonoma nella gestione, la seconda. Tanto che, rispetto alle uniformanti prescrizioni della legge e della contrattazione collettiva, che poco o nulla si sono preoccupate di differenziare i sistemi disciplinari dei comparti (Carinci F. 2005, p. LII), sembra oggi assai difficile, data appunto la diversità degli ambiti e dei sistemi organizzativi, fornire modelli di disciplina validi per tutte le amministrazioni, sì come avveniva, in un passato ancora recente, mediante le prescrizioni sostanziali e procedurali degli artt. 78 e ss. T.u. imp. civ. Stato del 1957 (Rusciano 1978, p. 173 e ss.).

La sfida verso l'efficienza dei sistemi disciplinari è dunque particolarmente significativa per le amministrazioni – come quelle degli Enti locali, del Servizio sanitario nazionale o delle Università –, che presentano una forte articolazione organizzativa dei servizi ed una stringente percezione/rilevazione dell'efficacia dell'azione amministrativa, continuativamente determinata dallo stretto rapporto con l'utenza e con i più diversi interlocutori pubblici e privati (Rusciano 2002, p. 904). La complessità dell'organizzazione, la differenziazione funzionale delle varie strutture, l'esigenza di permanente innovazione tecnologica, di affinamento ed innalzamento dei livelli di professionalità, di conservazione dei livelli di qualità dei servizi offerti nonché di contenimento della spesa organizzativa (Carabelli 2005, p. 160), spingono inevitabilmente queste amministrazioni verso la migliore messa a punto degli strumenti di gestione del personale, tra i quali la leva disciplinare conserva un ruolo tutt'altro che secondario.

Con particolare riguardo agli Enti locali, il quadro di riferimento risulta ulteriormente complicato, sul piano delle fonti, dal ruolo assunto dalla potestà regolamentare «in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite» (art. 117, c. 6 Cost.), partendo dal presupposto che la stessa potestà possa riflettersi su taluni profili organizzativi delle relative strutture, coinvolgenti anche il personale. (Corpaci 2002, p. 47; Salomone 2005, p. 154;

Carlesi, 2006, p. 269). Se questa prospettiva, come si dirà (*infra*, §. 3), non pare interessare il nucleo di norme "lavoristiche" in materia disciplinare, senz'altro attratte verso la competenza legislativa esclusiva dello Stato, essa può invece avere un rilievo per le meccaniche organizzative dei sistemi disciplinari degli Enti locali con riguardo, ad esempio, alla formazione e composizione dell'Ufficio procedimenti disciplinari (UPD) *ex art.* 55, c. 4 d.lgs. n. 165/2001, o all'individuazione per via regolamentare di altro organo che ne assuma le funzioni.

Posto lo scenario di innesto dei nuovi sistemi disciplinari ad impronta privatistica, va detto che le amministrazioni, con maggiore o minore rapidità (e sensibilità verso il nuovo), hanno adeguato l'azione disciplinare alle regole del d.lgs. n. 165/2001 e dei contratti collettivi di comparto, specie grazie agli accorgimenti correttivi recati dai Ccnl del quadriennio normativo 2002/2005 (Tenore 2003, p. 853 ss.).

Tuttavia questi adempimenti formali non hanno ancora favorito il buon funzionamento della macchina disciplinare, secondo un *trend* negativo apparentemente irreversibile, più volte stigmatizzato dalla Corte dei Conti in alcune deliberazioni sul reale funzionamento del sistema disciplinare dell'impiego pubblico². La cartina di tornasole del mancato avvio di una nuova stagione di utilizzo dei poteri datoriali nella logica dell'efficienza, emerge del resto in modo chiaro dal dato giurisprudenziale, statisticamente assai scarso rispetto al potenziale bacino di operatività degli istituti disciplinari, con qualche rara eccezione, peraltro significativa proprio perchè rinvenibile, non a caso, nelle zone di "discrezionalità minima" del potere disciplinare delle p.a., vale a dire quello delle conseguenze disciplinari di illeciti che assumono rilievo penale (v. *infra* §. 8).

2. Alla ricerca dell'efficienza dei sistemi disciplinari nelle p.a.

Il modello privatistico, dunque, se valutato nel prisma della ricerca dell'efficienza dei sistemi disciplinari delle p.a., non funziona ancora.

Vi sono altri ambiti in cui l'innesto dei modelli di gestione del settore privato ha sortito risultati contraddittori e lontani dalle aspettative. Uno di questi è senz'altro quello delle flessibilità contrattuali, introdotte nel settore pubblico, a seguito della riforma del 1998 e dei conseguenti esiti contrattuali, in termini molto contenuti e comunque secondo logiche diverse da quelle proprie del lavoro nell'impresa. Se qui, però, le disfunzioni possono trovare una giustificazione nei diversi assetti organizzativi relativi al reclutamento e all'utilizzo del personale, oltre che nelle imperanti necessità di contenimento della spesa (Mainardi 2006; Zoli 2007 in questo stesso numero dei *Quaderni*), necessariamente diversa deve essere l'analisi quando, come nel caso degli istituti disciplinari, il *deficit* interessa l'importazione dei caratteristici poteri datoriali, con un ben più penetrante impatto sull'attuazione della riforma gestionale ed organizzativa delle p.a.³.

L'approccio utile ad individuare le ragioni dell'ineffettività del sistema disciplinare segue filoni noti, non nuovi e senz'altro verificabili nella prassi al di là e a prescindere dall'evoluzione del quadro positivo: dal «diffuso tollerante

² Cfr. Corte dei Conti, sez. contr., 20 giugno 2001 n.25/01/G, in www.giust.it; Id., sez.contr. St., 25 giugno 1999 n. 60, in *GDA*, 1999, 1214; id., sez. contr. St., 26 marzo 1998 n.23, in *RCdc*, 1998, n.3, I, 14; Id., 4 aprile 1997 n.70, ivi, 1997, n.3, I, 26 e in *LPA*, 1998, 289; Id., 10 gennaio 1996 n.4, in *RCdc*, 1997, n. 1, I, 4 e ivi, 1996, n.1, III, 263, nonché in *CS*, 1996, II, 480.

³ Altro caso di diversa percezione degli istituti tipici del diritto del lavoro è quello dello *jus variandi* del datore, fortemente condizionato, nella sua applicazione alle p.a., dalle rigidità relative all'utilizzo degli organici nella logica di tutela del principio dell'accesso mediante concorso (pubblico) alle aree o alle categorie superiori.

comportamento "buonista" della dirigenza nei confronti di *micro* e *macro* illegalità all'interno dell'amministrazione» (Tenore 2003, p. 855); all'attività dei CAD (Collegi Arbitrali di Disciplina *ex art.* 55 d.lgs. n. 165/2001), «troppo spesso propensi (forse a causa della composizione eccessivamente sindacale) ... ad un perdonismo ingiustificato, che ha condotto a sorprendenti derubricazioni delle sanzioni comminate» (Id. 2003, p. 856); al ruolo impalpabile che ancora si presume svolga in materia il sindacato, per il quale, pure a fronte di sacche di lavoratori stabilmente al di sotto degli *standard* contrattuali di adempimento della prestazione, «licenziare non si deve, mai» (Ichino 2006, p. 43).

Tali rilievi contengono senz'altro campioni di verità, in parte non sconosciuti neppure all'impresa privata e, soprattutto, agli enti pubblici economici e alle aziende *ex* pubbliche che esercitano da tempo servizi in regime totalmente privatistico (Zoppoli L. 1996, p. 87); inoltre, come pare ormai solidamente provato, le scienze giuridiche e le riforme legislative ben poco possono contribuire alla eliminazione/riduzione di questi fenomeni, essendo essa probabilmente affidata ad una più radicale trasformazione di ordine culturale, politico e politico-sindacale.

Se tutto ciò è vero, allora qui vale la pena di considerare ancora il meccanismo sul quale aveva investito la riforma per garantire l'efficienza delle relazioni di lavoro e dei sistemi disciplinari in particolare. La prospettiva deve come è ovvio essere trasferita sulla figura del datore di lavoro pubblico, su cui cioè che, avendo la responsabilità per la gestione dei rapporti di lavoro e dell'organizzazione amministrativa (art. 4, c. 2 d.lgs. n. 165/2001), viene munito dei poteri necessari a garantire, attraverso l'adempimento contrattuale da parte dei dipendenti, il raggiungimento degli obiettivi (secondo *performance* predeterminate) e la soddisfazione degli interessi che trovano imputazione sulla amministrazione o di cui l'amministrazione si fa istituzionalmente carico.

Si percepisce una prima ineliminabile diversità rispetto al settore dell'impresa, data dalla più elevata ed immediata catalizzazione degli interessi datoriali percepita dal dirigente privato: il rapporto fiduciario, di natura prevalentemente soggettiva, che lega il dirigente alla proprietà aziendale è fondamentalmente basato sulla stretta condivisione degli obiettivi di produttività previsti dalla direzione, il che inevitabilmente innalza la soglia di attenzione e di responsabilità del medesimo dirigente verso comportamenti illeciti di rilievo disciplinare, al fine di ristabilire, al più presto, le migliori condizioni di realizzazione degli obiettivi sul mercato. Dove, invece, come nelle amministrazioni pubbliche, statali e non, esiste anzitutto una forte intercambiabilità di soggetti ed obiettivi data dal fisiologico mutamento della responsabilità politica di chi si trova a capo dell'amministrazione; e dove le amministrazioni svolgono attività che le sono riservate per legge, con scarsa o nessuna pretesa di competitività sul mercato; qui, allora, è chiaro che la catalizzazione di interessi da parte della dirigenza pubblica è minore e minimo è «l'interesse a perseguire la devianza disciplinare, tanto quanto minimo è l'interesse che ha la pubblica amministrazione a tenere alto il livello di produttività» (Lignani 1998, p. 379; Virga P. 1999, p. 308). Il rapporto fiduciario si pone qui dunque in modo diverso, e cioè in ragione della ritenuta idoneità tecnica del dirigente, valutata in termini oggettivi (su questi temi v. di recente M. Sgroi 2006, p. 141 ss.)

Quasi consapevole di questa diversità di fondo la riforma ha pertanto approntato meccanismi di controllo e di responsabilizzazione indiretti, tesi cioè a rendere virtuoso il sistema attraverso un impulso esterno sull'operato del dirigente, chiamato a sua volta a rispondere dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività dell'ufficio

– quindi (anche) dell'adempimento da parte delle risorse umane *ivi* impiegate – attraverso una propria responsabilità di gestione, onnicomprensiva e valutata sul risultato da parte dell'organo politico o politico-amministrativo (D'Orta e Boscati 2004; Boscati 2004; Nicosia 2003).

In definitiva, quindi, non funzionano oggi quei «circuiti di responsabilità», considerati vero e proprio volano della riforma (Liso 2000, 180 e ss.) che, in una visione un po' illuministica, avrebbero dovuto produrre efficienza attraverso il confronto dialettico e conflittuale fra esigenze dell'utenza, assunzioni di obiettivi e responsabilità da parte della politica, conseguente attribuzione di poteri e responsabilizzazione della dirigenza, traduzione di poteri e responsabilità nei confronti del personale nel filtro di garanzia costituito dalla contrattazione collettiva. In particolare non funziona il circuito di responsabilità che «dovrebbe vedere la dirigenza impegnata a rispondere, a cascata, per il raggiungimento degli obiettivi prefissatigli», sul presupposto, però, per cui l'adozione del modulo privatistico, con il conferimento di autonomia e flessibilità di gestione, «crei condizioni idonee ad agevolare la dirigenza nel raggiungimento degli obiettivi che le sono stati prefissati e quindi a consentirle di rispondere del proprio operato» (Liso 2000, p. 183; D'Alessio 2006, p. 568 s).

La presa d'atto che questo è il vero "buco nero" della riforma e che esso determina l'ineffettività del sistema di controllo delle responsabilità dei dipendenti pubblici, emerge del resto dalle recenti proposte di riforma che, sul fronte parlamentare (Ddl Camera dei Deputati 18.12.2006, n. 2080) e su quello della contrattazione collettiva (*Memorandum d'intesa su lavoro pubblico e riorganizzazione delle Amministrazioni Pubbliche* 18 gennaio 2007), mirano a restituire centralità al sistema di responsabilizzazione della dirigenza, anche e naturalmente sul versante dell'accertamento degli illeciti e dell'attivazione delle procedure disciplinari nei confronti dei dipendenti.

Senza poter scendere qui nell'analisi delle proposte, le direttrici di intervento paiono tutt'altro che speculari: da un lato, il progetto di legge n. 2080, con la creazione di una *Authority* indipendente centrale, presieduta da una commissione composta da tre membri altamente qualificati cui attribuire compiti di valutazione del personale della pubblica amministrazione [di tutte le p.a. (sic!)], va nella direzione di una parziale *esternalizzazione* dei meccanismi di controllo e valutazione della dirigenza, con la funzione primaria di sollecitare e sottoporre ad *input* esterni (es. segnalazioni dell'utenza), l'attività degli organismi di controllo già esistenti nelle p.a.

Dall'altro lato, il *Memorandum*, col sancire il principio per cui «la dirigenza deve essere valutata coniugando le disposizioni normative e contrattuali vigenti, prendendo a riferimento la misurazione dei servizi, i parametri di capacità manageriale, nonché i risultati conseguiti valutati, con l'ausilio di appositi nuclei, secondo modalità previste dal CCNL, dai livelli funzionali dirigenziali superiori», pensa evidentemente ad un sistema tutto interno di valutazione/controllo/accertamento delle responsabilità, rafforzando semmai l'esistente con un rinnovato ruolo della contrattazione collettiva nella determinazione dei criteri di valutazione. La dirigenza viene cioè investita di un "protettorato" contrattuale sul piano degli incarichi, della valutazione, delle responsabilità e del recesso che, a tacer d'altro, potrebbe favorire un processo di progressivo transito della dirigenza da una colleganza di tipo politico-burocratica ad una di tipo politico-sindacale, con evidenti ed ulteriori riflessi negativi sulla managerialità della gestione.

Nel progetto di legge n. 2080, che contiene una utile delega ad adeguare, mediante decreti legislativi, la disciplina delle responsabilità disciplinari e dirigenziali

ad una effettiva verifica dei risultati gestionali e di una corretta applicabilità delle misure sanzionatorie (Boscatti 2006, p. 1233 ss.), si rinvencono almeno tre criteri di interesse per la materia disciplinare (art. 3). Il primo concerne «la limitazione della responsabilità civile dei dirigenti amministrativi, per la decisione di avviare il procedimento disciplinare dei dipendenti pubblici, all'ipotesi di dolo»: al di là della dizione tecnica, che avrebbe più correttamente dovuto fare riferimento alla responsabilità amministrativo-contabile oltre che a quella civile (Boscatti 2006, p. 1235), è certo che un provvedimento di tal genere allenta le possibili riserve del dirigente nell'accedere in particolare alle più gravi sanzioni disciplinari, limitando le possibilità di rivalsa dell'amministrazione nei confronti del dirigente per una illegittimità formale o sostanziale della sanzione, del caso fatta valere in giudizio dal dipendente interessato⁴.

Il secondo riguarda la previsione della segnalazione alle amministrazioni, da parte dell'Autorità indipendente (e a questa anche da parte di qualunque soggetto pubblico o privato) dei fatti dai quali può sorgere una responsabilità disciplinare dei dipendenti. E' chiaro che la previsione, ampliando il novero delle "fonti" attraverso le quali l'Ufficio per i procedimenti disciplinari riceve la notizia *criminis*, può sortire l'effetto di una estensione del controllo sui dipendenti, obbligando così l'UPD a prendere in considerazione l'illecito segnalato al di là dell'azione effettiva del «capo della struttura in cui il dipendente lavora». E' altrettanto chiaro, però, il segnale di sfiducia e delegittimazione nei confronti della dirigenza pubblica, la quale, fatta «datore di lavoro», dovrebbe fruire di una comprensione piena dei poteri di controllo, direttivo e disciplinare (Caruso e Zappalà 2007).

In questa direzione va, in definitiva, il terzo criterio. Per evitare lassismo e tolleranza ingiustificati, si prevede la «rilevanza del comportamento dei dirigenti, che, a fronte di fatti che appaiono rilevanti sul piano disciplinare, facciano decorrere i termini per l'avvio del procedimento disciplinare, ai fini della responsabilità dirigenziale di cui all'art. 21 del decreto legislativo n. 165 del 2001». Si ha qui la tipizzazione legislativa di un comportamento ai fini della responsabilità dirigenziale, ma con un costo assai alto sul quale occorrerà prima o poi riflettere: quello cioè della definitiva compressione delle prerogative manageriali della dirigenza pubblica, definitivamente spogliata di quella discrezionalità, autonomia e flessibilità nei poteri di gestione che, come appena sopra si diceva, costituiscono il presupposto primo di una assunzione di responsabilità.

3. L'assetto delle fonti. Ruolo della contrattazione collettiva, contaminazioni del legislatore, fonti regolamentari negli Enti locali.

Dal punto di vista dell'adeguamento, da parte delle amministrazioni, alle prescrizioni del d.lgs. n. 165/2001 e dei contratti collettivi di comparto, il dato formale offre invece indizi ben più confortanti di quelli, ora considerati, circa l'effettività sostanziale della leva disciplinare. In queste pagine, data la vastità del tema e dei profili di regolazione dell'istituto, è possibile dare conto solo delle criticità che ancora persistono nel modello privatistico dettato dalla riforma, a cominciare dall'assetto delle fonti di regolamentazione del potere e dalla loro particolare declinazione nell'ambito degli Enti locali.

⁴ Qualcosa del genere, sempre nell'ottica di rafforzare l'autonomia decisionale del dirigente o del funzionario, si è previsto in capo al soggetto che realizza, in nome e per conto dell'amministrazione, le conciliazioni giudiziali o stragiudiziali di lavoro *ex art* 66, c. 8 d.lgs. n. 165/2001.

Il dato acquisito è che si sono create le condizioni per un impianto del tutto omogeneo rispetto al lavoro nell'impresa: realizzato, cioè, attraverso quella effettiva e feconda coesistenza di fonti legali e negoziali nella regolazione dell'istituto disciplinare che alcun esito aveva invece sortito nel sistema della legge quadro n. 93/1983 (Mainardi e Miscione 1995, p. 1009)

Assoluta centralità assume la norma dell'art. 55 d.lgs. n. 165/2001, la quale non fa che confermare, sul piano del diritto positivo, l'indirizzo della privatizzazione della responsabilità disciplinare. Tuttavia, così come è avvenuto ad esempio in materia di mobilità da eccedenza e di *ius variandi*, il legislatore non opera un semplice rinvio alle norme di diritto civile, ma appronta una specifica disciplina dell'istituto che peraltro ricalca in termini omogenei le regole del settore privato, addirittura recependo in più punti il portato di una esperienza giurisprudenziale consolidatasi sull'interpretazione dell'articolo 7 stat. lav. (v. ad es. il principio dell'immediatezza della contestazione, oggi tradotto in norma positiva dall'art. 55, comma 5). La privatizzazione della materia disciplinare – sempre sul piano delle fonti – emerge con forza dal richiamo operato dall'articolo 55, comma 2° all'articolo 2106 del codice civile e da quello, pure non integrale, all'articolo 7 dello Statuto dei lavoratori (art. 55, comma 2) (si dice, più precisamente, «ai dipendenti di cui all'articolo 2, comma 2, si applicano l'articolo 2106 del codice civile e l'articolo 7, commi primo, quinto e ottavo della legge 20 maggio 1970, n. 300»), nonché dall'espressa previsione della possibilità, per la contrattazione collettiva, di appropriarsi del profilo centrale dell'istituto, potendo questa definire «la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni» (art. 55, comma 3) (Piccinini 1995, p. 275; Tampieri 1996, 93).

Il superamento del regime previgente, connotato dalla assoluta unilateralità delle fonti regolative (Piccinini 1998, p. 7) si deve di fatto alla contrattazione collettiva. Le tornate contrattuali 1994/1997 prima e 2002/2005 poi, hanno realizzato una imponente "occupazione" negoziale della materia, fra l'altro determinando una rapida uscita dal periodo transitorio secondo la nota regola, dettata dagli artt. 69, c. 1 e 71 d.lgs. n. 165/2001, della cessazione di efficacia della regolamentazione pubblicistica ad opera delle norme contrattuali (Talamo 2001, p. 17 e ss.). In particolare il modello normativo di riferimento è quello per cui, fermo restando il carattere primario (la legge) della fonte del potere, il possibile rilievo disciplinare di un determinato fatto o comportamento del lavoratore è rimesso alla determinazione in tal senso da parte del contratto collettivo.

La descrizione delle condotte vietate da parte dei codici disciplinari previsti dai contratti, secondo una precisa scelta fatta propria dalle parti interessate, vale, da un lato, a contemplare quali comportamenti risultano incompatibili con la realizzazione degli obblighi di diligenza di cui al primo comma dell'articolo 2104 c.c.; dall'altro, a realizzare una trasfusione nel novero degli obblighi contrattuali di tutte quelle disposizioni/istruzioni/criteri progressivamente resi dal datore di lavoro, anche in via gerarchica, per la corretta esecuzione e la disciplina del lavoro di cui al secondo comma dell'articolo 2104 c.c. (Mainardi 2002a, p. 145). Questi principi, storicamente affermatisi nell'ambito della definizione delle norme disciplinari del settore privato, sono stati integralmente polarizzati dalla riforma dell'impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e, come si diceva, addirittura esaltati e perfezionati attraverso una tendenziale emersione a livello positivo (legge e contrattazione collettiva di comparto) del "diritto giurisprudenziale" maturato attorno alle regole degli artt. 2106 c.c. e 7 stat. lav.

E' in effetti coerente che, laddove la riforma attribuisce al contratto collettivo una competenza "generalizzata" e "rafforzata" (arg. ex art. 2, comma 2 e 40, c. 1 d.lgs. n. 165/2001) nella disciplina degli istituti del rapporto di lavoro, alla stessa contrattazione collettiva venga consegnato il compito di definire le condotte contrastanti con le regole di funzionamento dell'organizzazione del lavoro e di esecuzione della prestazione stabilite nel programma negoziale. Peraltro il rinvio operato dal primo comma dell'articolo 55 all'articolo 2106 c.c. comporta la diretta applicazione in chiave disciplinare anche degli artt. 2104 e 2105 c.c. e dunque la immediata ed esclusiva finalizzazione del potere disciplinare al ristabilimento degli obblighi di diligenza, obbedienza e fedeltà sanciti dal codice civile, secondo la stretta correlazione inadempimento contrattuale/reazione disciplinare propria del modello codicistico. Dal paradigma potere disciplinare/efficacia, efficienza, funzionalità, deriva cioè anche per il settore pubblico che qualunque violazione o inosservanza delle direttive impartite dal datore di lavoro costituisce inadempimento, giustificando, giuridicamente, la reazione disciplinare.

Molto si è discusso, peraltro, sul ruolo rafforzato del contratto collettivo nella definizione delle norme disciplinari del settore pubblico, in particolare interrogandosi sul perché, pur in presenza dei generali rinvii alla contrattazione collettiva per la disciplina del rapporto di lavoro, il legislatore abbia avvertito la necessità di specificare tale competenza negoziale per tutta una serie di istituti, tra i quali quello disciplinare spicca per rafforzata intensità. Si tratta qui addirittura di un doppio rinvio, che è stato sottoposto all'intervento correttivo del legislatore nella formulazione *pre* e *post* d.lgs. n. 80/1998: da un lato, l'applicazione del primo comma dell'art. 7 stat. lav. comporta inequivocabilmente, tra l'altro, anche l'obbligo da parte della p.a. datore di lavoro di trasferire nel codice disciplinare le norme sostanziali e procedurali dei contratti collettivi «ove esistano»; dall'altro, come visto, l'attuale testo del 3° comma dell'art. 55 stabilisce che «salvo quanto previsto dagli articoli 21 e 53, comma 1, e ferma restando la definizione dei doveri del dipendente ad opera dei codici di comportamento di cui all'articolo 54, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è *definita* dai contratti collettivi» (corsivo nostro).

Il testo ha condotto parte della dottrina ad individuare nella materia disciplinare un «contenuto obbligatorio» del contratto collettivo, il quale costituisce «fonte diretta ed esclusiva del potere disciplinare, senza il quale il potere disciplinare non è esercitabile in assoluto» (Miscione 2000, 1677; Levi 1999, 167). In tal senso la novella si presterebbe ad essere interpretata, sul piano delle fonti, come una riserva a favore dei contratti collettivi, idonea a sottrarre la definizione delle infrazioni e sanzioni ad ogni fonte unilaterale, sia essa rappresentata da interventi di carattere legislativo o regolamentare, sia da una diretta compilazione o integrazione del codice disciplinare da parte della p.a. datore di lavoro.

Si crede tuttavia che la (mutata) formula dell'art. 55, comma 3 non debba essere eccessivamente enfatizzata, specie in un contesto in cui l'efficacia generale che il contratto collettivo del settore pubblico spiega di fatto nei confronti di tutte le amministrazioni, vincola in ogni caso il datore di lavoro pubblico all'applicazione del contratto e supera, in *apicibus*, i problemi di compatibilità posti nel settore privato nel rapporto tra l'art. 7, comma 1 stat. lav. e l'art. 39 Cost. Anche in presenza del perentorio dettato dell'art. 55, comma 3, la norma cardine relativa alla formazione del codice disciplinare resta infatti quella dell'art. 7, comma 1, stat. lav. – norma base in materia disciplinare per l'intero ambito del lavoro subordinato (Borghesi 2001, p. 180) – richiamata per il settore pubblico dall'art. 55, comma 2 insieme a

quella dell'art. 2106 c.c. Il richiamo non fa che confermare che il codice disciplinare è costituito, anche nel settore pubblico, da un documento di provenienza unilaterale, rivelatore di un potere originario attribuito al datore di lavoro direttamente dalla legge (art. 2106 c.c.) seppure vincolato sia nella implementazione delle fonti di determinazione del contenuto del codice disciplinare, che nella procedura di esercizio. Non sembra, quindi, che l'attribuzione di competenza del 3° comma dell'art. 55 del d.lgs. n. 165/2001, rappresenti una qual sorta di contenuto obbligatorio del contratto collettivo, in assenza del quale il potere disciplinare della p.a. risulta interamente paralizzato, essendo anche qui rimessa alle scelte dell'autonomia collettiva e ai «principi contrattualistici della libertà e della convenienza» (D'Antona 1995, 35) l'individuazione dei contenuti del contratto collettivo, e non potendosi di conseguenza configurare in astratto un obbligo a trattare (e tantomeno a contrarre) nella materia disciplinare.

Nondimeno, pur in assenza di una riserva di regolazione contrattuale della materia, l'assetto delle fonti deve essere fatto coincidere con quello previsto dal legislatore del settore pubblico per le «discipline del rapporto di lavoro» (art. 2, comma 2 d.lgs. n. 29/1993) e con quello, di carattere generale, dell'art. 7, comma 1 stat. lav. Così, per quanto concerne eventuali interventi della legge sulla materia disciplinare questi, oltre ad essere del tutto fisiologici nel quadro sinora delineato (cfr. ad es. gli artt. 2104, 2105 e 2119 c.c.; l'art. 4 della l. n. 146/1990 ecc.), soggiacciono, nel settore pubblico, alla regola posta dall'art. 2, comma 2 del d.lgs. n. 165/2001: il legislatore potrebbe dunque in ogni momento produrre norme in materia disciplinare, modificando l'art. 55 o intervenendo altrimenti, con l'avvertenza per cui il contratto collettivo può successivamente derogare a tali interventi, salva un'espressa disposizione di legge contraria (cfr. Lucibello 1998, p. 455; Levi p. 1999, 168; Giardino 2004, p. 498).

In effetti, pur essendo l'intervento del legislatore senz'altro opinabile nell'ambito del rinvio preferenziale alla disciplina contrattuale-collettiva, da un lato l'emanazione di "leggine" in materia disciplinare continua sistematicamente a caratterizzare anche la stagione della "privatizzazione", con la creazione di nuovi illeciti o di nuovi adempimenti procedurali previsti per legge⁵; dall'altro, quando il legislatore ha inteso impedire l'operatività del meccanismo di cui all'art. 2, comma 2 del d.lgs. n. 165/2001 lo ha espressamente previsto, "proteggendo" a sua volta la legge da successive "invasioni" contrattuali [cfr. l'art. 8 della legge n. 97/2001 in materia di rapporti fra procedimento penale e disciplinare, la quale costituisce senza dubbio il caso più penetrante e significativo di contaminazione legislativa sugli istituti disciplinari; ma anche, altrove, l'art. 19, c. 12 *bis* d.lgs. n. 165/2001 con riguardo

⁵ Cfr., solo a titolo di esempio, l'art. 12 della l. 15 maggio 1997, n. 127, che al comma 6 dispone la promozione del procedimento disciplinare «mediante contestazione di addebiti» nei confronti dei dipendenti del Ministero per i beni culturali e ambientali che si rendano responsabili del ritardo, determinante la formazione di un silenzio assenso, nell'esame delle domande di autorizzazione e di approvazione presentate da privati ai sensi della l. n. 1089/1939; l'art. 53, c. 8 dello stesso d.lgs. n. 165/2001, a norma del quale il conferimento di incarichi retribuiti a dipendenti di altre amministrazioni pubbliche senza l'autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza, «costituisce in ogni caso infrazione disciplinare per il funzionario responsabile del procedimento»; l'art. 1, c. 187 della l. n. 266/2006 il quale stabilisce, con riguardo all'obbligo di rispetto dei limiti di spesa per l'assunzione di personale a tempo determinato o con convenzioni ovvero con contratti di collaborazione coordinata e continuativa, che la mancata osservanza dei limiti «costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale»; l'art. 1, cc. 11 e 42 della l. n. 311/2004, per i quali l'affidamento di incarichi di consulenza nel mancato rispetto dei limiti di spesa e di procedura ivi previsti, in ogni caso «costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale».

alla (in)derogabilità da parte del contratto collettivo della normativa sugli incarichi dirigenziali].

Quanto alla possibilità di una normativa unilaterale da parte del datore di lavoro, il disposto dell'art. 7, comma 1 vincola la p.a. all'applicazione delle norme contrattuali, le quali, se presenti, devono essere integralmente recepite nel codice disciplinare soggetto a pubblicità, senza possibilità di integrazione. Anche qui, tuttavia, l'apertura operata alla contrattazione collettiva non intacca il principio per cui l'esercizio del potere disciplinare spetta sempre e comunque al datore di lavoro e quindi, al momento di recepire la normativa contrattuale nel codice disciplinare, l'amministrazione deve procedere ad una integrazione della disciplina negoziale in tutti i casi in cui questa presenti lacune o palesi profili di invalidità, «se non vuole precludersi la possibilità di esercitare legittimamente il potere» (Zoli 1991, p. 70).

Una diversa conclusione, diretta a riconoscere il potere solo in presenza del contratto collettivo, contrasta inevitabilmente con le prerogative del «privato» datore di lavoro espressamente riconosciute dalla riforma in capo alle p.a. nella gestione del rapporto di lavoro (art. 5, c. 2 d.lgs. n. 165/2001; art. 2106 c.c.), oltre che con l'autonomia che segna, sul versante negoziale, uno dei passaggi più significativi tra la contrattazione "vincolata" della l. n. 93/1983 e quella "libera" e in regime di diritto privato del d.lgs. n. 165/2001.

Rispetto al recepimento della normativa contrattuale, la p.a. si trova però nell'impossibilità di derogare *in pejus* al contratto collettivo, ad esempio introducendo sanzioni diverse e più gravi rispetto a quelle contrattualmente previste (Lucibello 1998, 469). Tale inderogabilità non è invece ugualmente affermabile per l'introduzione nel codice disciplinare di disposizioni più favorevoli: queste sono senz'altro adottabili nel codice disciplinare di amministrazione per quanto riguarda le norme procedurali (ad es. un termine a difesa più ampio rispetto al quello stabilito in via negoziale), sulle quali peraltro non esiste alcuna apparente "riserva" a favore del contratto collettivo *ex* art. 55, c. 3, a conferma di quanto sostenuto circa la titolarità di un (pur residuale) potere determinativo in capo alla p.a. datore di lavoro. Ma a conclusioni non diverse si giunge con riguardo alle disposizioni di carattere sostanziale, rispetto alle quali l'amministrazione ben potrebbe introdurre norme di maggior favore rispetto al contratto collettivo, anche all'interno dello stesso comparto, sempre che tali trattamenti di maggior favore non assumano caratteri discriminatori (*contra*, sulla base dell'immanenza di un principio di parità di trattamento per tutti i dipendenti pubblici, Levi 1999, p. 171-172).

A questi principi derivati dal quadro normativo non sfuggono, come ovvio, le amministrazioni degli Enti locali, anch'esse sottoposte al regime di privatizzazione delle fonti in materia disciplinare attraverso la generale disposizione inclusiva dell'art. 1 d.lgs. n. 165/2001 la quale, dopo aver stabilito al c. 1 che le norme del decreto regolano «l'organizzazione degli uffici e i rapporti di lavoro e di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, tenuto conto delle autonomie locali...», specifica poi al comma 2 che per «amministrazioni pubbliche si intendono...le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane...le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura».

Rispetto al tema delle fonti, come anticipato, occorre tuttavia chiedersi quale ruolo possa essere svolto dalla potestà regolamentare degli Enti locali sulla materia dell'«organizzazione», in senso lato, del sistema disciplinare, atteso che esiste un preciso riconoscimento costituzionale della potestà statutaria di Comuni, Province e Città metropolitane (art. 114, c. 2), e di quella regolamentare in ordine alla disciplina

dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite (art. 117, c. 6) (Corpaci 2002, pp. 45-46; Mastrogioseppe e Ruffini 2005, p. 95; Pegoraro e Giupponi 2002, p. 283 e ss.; Merloni 2002, p. 409).

Secondo la tesi prevalente circa la distribuzione di competenze fra Stato, Regioni ed Autonomie locali in materia di rapporti di lavoro, esiste una riserva esclusiva a favore della fonte statale per la regolamentazione e la disciplina dei rapporti di impiego pubblico privatizzato, dandosi per acquisito che nell'«organizzazione amministrativa...non può farsi rientrare lo stato giuridico-economico del personale» (Carinci 2003; Salomone 2005, p. 153 e ss. ma vedi, in senso diverso, sia pure con riferimento alle autonomie speciali Corte cost., 24 luglio 2003, n. 274); in questo ambito, dunque, la fonte regolamentare dell'Ente locale non può introdurre deroghe al quadro normativo delimitato dalla legge e dal contratto collettivo in materia disciplinare, salvo i margini di adattamento di cui sopra si diceva, ammessi in capo a qualunque amministrazione-datore di lavoro. Vale per altro ricordare che la Corte costituzionale ha dato risposte non sempre uniformi sul punto, utilizzando spesso criteri diversi a seconda dei casi concreti di cui si è occupata: si pensi al concetto di prevalenza elaborato in relazione ai casi di disciplina legale potenzialmente ambivalente rispetto al «nucleo essenziale di un complesso normativo ad una materia piuttosto che ad altre» (Corte cost. 28 gennaio 2005, n. 50).

Del resto, dove l'intervento regolamentare sia relativo all'«organizzazione della propria struttura amministrativa», si fa ingresso in un'area «riservata alle autonomie regionali e degli enti locali, alle quali la legge statale può prescrivere criteri (ad esempio di privilegiare il ricorso alle procedure di mobilità) ed obiettivi (ad esempio, contenimento della spesa pubblica), ma non imporre nel dettaglio gli strumenti concreti da utilizzare per raggiungere quegli obiettivi»⁶ (D'Auria 2001, p. 756-757; Caretti 2002, p. 951). In sostanza, qui, «la competenza normativa per i profili pubblicistico-organizzativi dei rapporti di lavoro alle dipendenze degli enti locali deve ritenersi ripartita tra potestà legislativa statale da un lato...e potestà statutaria (relativamente ai principi di organizzazione) e regolamentare (cui è demandato il compito vero e proprio di "disciplina" dell'organizzazione, nel rispetto dei principi statutari) dell'Ente locale, dall'altro» (Trojsi 2005, p. 543 ed ora Id. 2007).

Lo snodo è senz'altro molto delicato, specie per l'identificazione dei confini, spesso sfumati, se non addirittura «svaporati», tra organizzazione amministrativa degli uffici e degli apparati e disciplina del personale pubblico, tenendo conto oltretutto del fatto che l'area della organizzazione in regime pubblicistico, e dunque la sola a bene vedere sottratta all'ordinamento civile (cfr. Carinci, 2003, p. 67), a seguito della c.d. seconda privatizzazione del lavoro pubblico coincida con l'organizzazione nel suo nucleo essenziale, per usare le parole di Corte cost. n. 309 del 1997. Non a caso tali profili impattano in qualche modo con la materia della macro-organizzazione e degli incarichi dirigenziali, per i quali la Corte costituzionale, con riguardo agli incarichi di competenza degli organi di direzione politica regionale, ha stabilito di recente la competenza legislativa delle Regioni in quanto attinenti ad «una materia (l'organizzazione amministrativa della regione, comprensiva dell'incidenza della stessa sulla disciplina del relativo personale) attribuita alla competenza residuale delle Regioni»⁷. Mentre l'articolo 89 del decreto legislativo n. 267/2000, al secondo comma, prevede espressamente che la potestà regolamentare degli enti locali possa estendersi fino alla regolamentazione proprio delle materie

⁶ Così Corte Cost., 17 dicembre 2004, n. 390, in *FI*, 2006, I, c. 411.

⁷ Corte Cost. 16 giugno 2006, n. 233, in *LPA*, 2006, p. 663 con nota di SALOMONE.

relative alle responsabilità giuridiche attinenti ai singoli operatori nell'espletamento delle procedure amministrative (oltre che agli organi, uffici, modi di conferimento della titolarità dei medesimi; ai principi fondamentali di organizzazione degli uffici, ai procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro; ai ruoli, dotazioni organiche e loro consistenza complessiva, ecc.)

Nella realtà dei sistemi disciplinari, fermi i limiti posti dalle norme (statali) relative al rapporto di lavoro, ciò significa che gli Enti locali, nell'obbligo di rispetto dei «principi (e delle norme) generali di organizzazione pubblica» posti dal legislatore statale, possono intervenire sugli aspetti organizzativi dell'istituto, quali, in particolare, come subito si vedrà (§.4), l'identificazione e le norme di funzionamento degli Uffici per i procedimenti disciplinari ovvero le norme di raccordo tra capi struttura ed UPD nell'accertamento e segnalazione degli illeciti disciplinari.

4. Il soggetto attivo del procedimento e l'attribuzione dei poteri datoriali. Chi è l'UPD negli Enti locali.

Uno degli elementi che meglio caratterizza la "privatizzazione" degli istituti disciplinari è senz'altro rinvenibile nel *soggetto* cui è attribuita la titolarità del potere disciplinare in tutti i suoi momenti di esercizio, dalla contestazione fino alla irrogazione della sanzione. Con la riforma scompare la presenza di un soggetto giuridicamente terzo e neutrale rispetto alla vicenda disciplinare (le commissioni di disciplina del T.u.imp.civ.stato a composizione anche sindacale) e la pubblica amministrazione-datore di lavoro, attraverso una sua articolazione necessariamente "di parte" sul piano contrattuale – l'Ufficio per i procedimenti disciplinari (UPD) – assume l'intero esercizio e la responsabilità dell'azione disciplinare nei confronti del dipendente, senza più alcuna mediazione *ab externo*.

Il 4° comma dell'art. 55 è chiaro nell'esplicitare questa cognizione "onnicomprensiva" e "autosufficiente" devoluta all'«ufficio competente per i procedimenti disciplinari», il quale, per le sanzioni maggiori, fa tutto: su segnalazione del capo struttura, l'ufficio «contesta l'addebito al dipendente», «istruisce il procedimento disciplinare» e «applica la sanzione». L'intera sequenza procedimentale, nella sua struttura minima essenziale (contestazione dell'addebito - istruttoria - emanazione e applicazione del provvedimento), è cioè condotta dall'u.p.d.⁸, al quale la legge impone, nella conduzione del procedimento, gli unici oneri formali della contestazione in forma scritta dell'addebito e dell'audizione a difesa del dipendente (art. 55, comma 5).

Si è altrove sottolineato che con l'introduzione di un «ufficio» dell'amministrazione competente per i procedimenti disciplinari scompare la caratteristica del pubblico impiego per cui il procedimento e la proposizione della sanzione erano attribuite ad un soggetto terzo e neutrale (la commissione di disciplina), "ontologicamente" predisposto all'imparzialità di giudizio attraverso la composizione mista dell'organo, formato anche da rappresentanti dell'amministrazione e dei lavoratori. Ora l'«ufficio competente per i procedimenti disciplinari» è e *rappresenta* l'amministrazione-datore di lavoro nel rapporto disciplinare (Mainardi 2002a, p. 454 e ss.), cumulando, come avviene nel privato e coerentemente con l'esigenza di creare un giudice «domestico», tutte le funzioni di "accusatore", di "istruttore" e di "giudice" nei confronti dei dipendenti sottoposti a procedimento (Montuschi 1991).

⁸ Cfr. T.A.R. Campania, 21 aprile 1997, n. 1021, in FI, 1998, III, c. 237.

Sulla natura del soggetto attivo è intervenuta la Corte di Cassazione⁹, la quale, pur rilevando la mancanza di "terzietà" dell'UPD, opportunamente ne sottolinea la "specializzazione" professionale ed il distacco formale dal capo della struttura in cui opera il dipendente incolpato (al quale spetta invece la «segnalazione» dell'illecito), derivandone pertanto una sostanziale «imparzialità del momento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato».

Poiché è la legge ad imputare direttamente a soggetti determinati la titolarità di esercizio del potere disciplinare («capo della struttura in cui il dipendente lavora» per le sanzioni del rimprovero verbale e della censura; «ufficio competente per i procedimenti disciplinari» da individuarsi a cura di ciascuna amministrazione «secondo il proprio ordinamento», per le sanzioni maggiori), non si è in presenza di una delega di funzioni da parte dei soggetti cui lo stesso legislatore ha attribuito il più generale potere di gestione del personale. In effetti, almeno per le amministrazioni dello Stato, cui trovano applicazione le norme in materia di dirigenza di cui al Titolo II, capo II del d.lgs. n. 165/2001 (cfr. art. 27) si affida ai dirigenti di uffici dirigenziali generali la competenza rispetto alle «attività di organizzazione e gestione del personale» [art. 16, comma 1, lett. h) d.lgs. n. 165/2001] e ai dirigenti la «gestione del personale» adibito a propri uffici [art. 17, comma 1, lett. e)], cosicché il riferimento all'individuazione di un «ufficio competente per i procedimenti disciplinari» potrebbe apparire in contrasto con la piena attribuzione alle qualifiche dirigenziali di ogni potere (e di ogni responsabilità) relativo alla gestione del personale. La norma dell'art. 55, comma 4, impone tuttavia alle amministrazioni di individuare l'«ufficio» secondo i propri ordinamenti e dunque in via originaria e non delegata rispetto ai titolari del potere di gestione, ai quali viene sì conferita una sezione di esercizio del potere *sub forma* di segnalazione o di azione diretta per le sanzioni minori, attribuendosi tuttavia la titolarità dell'azione disciplinare al soggetto preposto all'ufficio competente e, in particolare, al capo dell'ufficio. Questa individuazione «originaria» dell'u.p.d., che avviene in sede di conferimento degli incarichi dirigenziali, non presuppone quindi il contestuale esercizio del potere di gestione nei confronti del personale, ma neppure lo esclude, potendo come si vedrà essere fisiologicamente attribuita la titolarità dell'ufficio per i procedimenti disciplinari a chi già detiene quella di esercizio del potere direttivo nei confronti del personale.

Tuttavia, in ragione della previsione legislativa, la mancata e preventiva (rispetto all'illecito) costituzione dell'ufficio e, in ogni caso, lo svolgimento del procedimento da parte di soggetti diversi da quelli indicati, inficia inevitabilmente la validità della sanzione disciplinare adottata per violazione di norma inderogabile di legge sulla competenza «espressione non solo di tecnica organizzativa, ma anche di una esigenza di giustizia (o almeno di garanzia della giustizia degli atti considerati)»¹⁰.

E' da escludere, inoltre, che la p.a. abbia l'obbligo di costituire un *apposito* ufficio, la cui attività sia esclusivamente quella relativa ai procedimenti disciplinari. Da un lato si è affermato che l'ufficio competente dovrebbe essere creato *ad hoc*, sul presupposto che l'intero procedimento disciplinare debba essere riservato alla

⁹ Cass., 5 febbraio 2004, n. 2168, in *MGL*, 2004, p. 528 con nota di Barbieri e in *FI*, 2004, I, c. 2644 e successivamente, in analoga direzione, Cass. 3 giugno 2004, n. 10600, in *GC*, 2005, I, p. 243.

¹⁰ In tal senso, espressamente, Cass., 5 febbraio 2004, n. 2168, in *MGL*, 2004, p. 52; T.A.R. Campania, 21 aprile 1997, n. 1021, in *FI*, 1998, III, c. 237; Tribunale di S. Maria Capua Vetere, 26 ottobre 2004, per un caso di sanzione contestata e inflitta dal Rettore di una Università nei confronti del personale t.a. e non da parte dell'UPD; Trib. Benevento, ord. 4 luglio 2001, in *LPA*, 2001, p. 1061, con nota di Salomone; Trib. Genova, ord. 16 giugno 2000, in *LPA*, 2001, p. 443, con nota di Ottolina; Coll. arbitrale di Ravenna, 25 settembre 1998, *LG*, 1999, p. 371. In dottrina Miscione 2000, p. 1707.

competenza di un soggetto terzo, necessario e proporzionato alle dimensioni dell'amministrazione di appartenenza, del tutto indipendente da chi esercita sull'impiegato un potere gerarchico (Miscione 2000, p. 1707; Pellacani 1994, pp. 85-86; Viola 1996, p. 227); mentre, su altra posizione, è chi ritiene che la competenza possa essere attribuita indifferentemente ad un ufficio specifico o anche ad altro ufficio, segnatamente all'ufficio personale dell'amministrazione (Alessi 1994, p. 500; Zangrossi 1995, p. 1040; Fiori 1996, p. 100; Lucibello 1998, p. 482; Mainardi 2002a, p. 459; Noviello e Tenore 2002, p. 167; Trovato, 2004, p. 88). Sembra decisivo, a favore della seconda opzione¹¹, il fatto che l'individuazione debba avvenire da parte dell'amministrazione «secondo il proprio ordinamento», disvelandosi così l'intento meramente "organizzativo" della norma, la quale invita le pp.aa. a considerare, rispetto alle proprie articolazioni interne, l'ufficio più idoneo, anche dal punto di vista tecnico, a svolgere la funzione disciplinare, con la possibilità di creare sì un apposito ufficio, ma anche di sfruttare, potenziandolo sotto il profilo funzionale, un ufficio già esistente, che nulla esclude possa essere l'ufficio personale dell'amministrazione, il quale già esercita il potere gerarchico e direttivo sui dipendenti¹².

Né la legge impone prescrizioni circa la natura monocratica o collegiale dell'ufficio, essendo anche qui rimessa la scelta all'autonomia organizzativa dei singoli enti (Noviello e Tenore 2002, p. 169). A tale riguardo, poiché in definitiva la responsabilità dell'azione disciplinare e dei suoi esiti viene riconosciuta (esclusivamente) in capo al titolare dell'incarico di direzione dell'UPD, occorre semmai riflettere circa l'opportunità di conferire all'organo natura collegiale: la "collegialità" può condurre a parcellizzazioni tipiche dell'accezione, quale la necessità che le decisioni vengano assunte a maggioranza dei componenti, l'impossibilità di sostituire i componenti se non con supplenti predeterminati, la necessaria presenza dei componenti a tutte le attività, l'impossibilità di integrare il collegio per determinate esigenze o competenze. Una deriva di questo genere non solo impedirebbe la necessaria dinamicità dell'UPD nell'azione disciplinare; ma contrasterebbe in definitiva con la *ratio* dell'intervento legislativo, rievocando le vecchie Commissioni di Disciplina e rigettando lo schema per cui il centro di imputazione del potere è collocato, sotto il profilo del rapporto di lavoro, sul datore di lavoro, qui identificato, solo per la materia disciplinare, nel titolare dell'Ufficio, che si assume la responsabilità così della decisione finale come delle competenze e dei soggetti che intende attivare a seconda delle peculiarità del caso oggetto di decisione.

Si può adesso porre il problema, prima considerato sul piano generale delle fonti, degli spazi che la potestà regolamentare dell'Ente locale è in grado di occupare con riguardo all'organizzazione amministrativa necessaria a sostenere la funzione disciplinare. Alla luce di quanto detto essi appaiono senz'altro ampi, a partire dalla

¹¹ Seguita in giurisprudenza da Trib. Benevento, ord. 4 luglio 2001, in *LPA*, 2001, p. 1061.

¹² L'u.p.d. può dunque essere costituito ed articolato in maniera non uniforme nelle singole amministrazioni e quindi potrà coincidere con l'Ufficio personale ovvero con una Unità operativa del più ampio Settore personale (si è ritenuto legittimo l'affidamento in via regolamentare della competenza per i procedimenti disciplinari di un Comune in capo al "Settore Affari Generali e Personale" e che all'adozione del provvedimento disciplinare provveda il Dirigente responsabile della struttura de qua, ad eccezione, ovviamente, delle sanzioni di competenza dei singoli Capi struttura: cfr. Trib. Benevento, 4 luglio 2001, *LPA*, 2001, p. 1061) oppure potrà coinescersi in capo ad alcune posizioni lavorative individuate in altri segmenti organizzativi; si può anche assistere, come di fatto avviene nella organizzazione ministeriale, ad una concentrazione dell'Ufficio nella struttura centrale degli Affari generali o legali del Ministero, con una evidente "lontananza" geografica dell'u.p.d., appunto localizzato a livello centrale, rispetto alle articolazioni territoriali del Ministero stesso.

determinazione dell'organo deputato ad «individuare» l'ufficio, sostenendosi, da parte di alcuni, che la competenza spetti, in base all'art. 42, c. 2, lett. a) TUEL (d.lgs. n. 267/2000), al Consiglio comunale, vertendosi in materia di organizzazione e funzionamento degli uffici (Valenti 1996, p. 775); da altri, in modo che appare più corretto, che si tratti di attribuzione riservata al Sindaco *ex art.* 50. c. 11 TUEL, traducendosi tale attività nella mera nomina del responsabile di un servizio che non deve essere «costituito» bensì solo «individuato» (Noviello e Tenore 2002, p. 169; Pedaci 1997, p. 51).

Così è senz'altro possibile che l'Ente locale faccia coincidere la titolarità dell'UPD con quella di altro servizio già esistente; come pure che tale ufficio abbia composizione collegiale o monocratica con gli accorgimenti sopra evidenziati. Esistono peraltro alcuni limiti alla potestà regolamentare in materia, derivati sia dai «principi» posti con il modello generale dell'art. 55 c. 4, sia da altrettanti «principi» derivati in via sistematica, anche a livello giurisprudenziale, con riguardo alla distribuzione dei poteri e delle responsabilità nel pubblico impiego riformato.

Tra questi ultimi spicca il rapporto di separazione tra politica e amministrazione delineato dal d.lgs. n. 165/2001, il quale vale universalmente a sottrarre, in via appunto di *principio*¹³, ogni potere di gestione amministrativa in capo all'organo di rappresentanza politica, per consegnarlo, insieme alla relativa responsabilità, alla dirigenza (cfr. art. 4 d.lgs. n. 165/2001) (D'Orta e Boscati 2004, p. 961). Corretto è dunque censurare ogni deviazione dal detto principio di separazione (Talamo 2000, 779 e ss.) come è avvenuto nel caso in cui sia il Sindaco o la Giunta comunale, in luogo dell'Ufficio procedimenti disciplinari, a comminare la sanzione disciplinare¹⁴.

Altri limiti inderogabili, poi, derivano dal fatto che l'Ufficio debba in ogni caso essere individuato e costituito, non potendosene assumere quindi il fisiologico ed implicito assorbimento in altri organi "generalisti" (ad es. Segretario comunale o provinciale o Direttore generale) senza preventiva individuazione della competenza da parte del regolamento. L'art. 55, c. 4 esclude poi in modo evidente – si tratta di altro principio inderogabile in sede regolamentare – che vi possa essere una distribuzione di competenze tra organi diversi da quelli *ivi* previsti (capo struttura e UPD), tale, ad esempio, da ridurre l'attività dell'UPD a quella istruttoria e di proposizione della sanzione, lasciando poi ad altro sovraordinato organo la deliberazione definitiva e l'applicazione della sanzione al dipendente¹⁵.

Si possono avanzare dubbi, invece, circa la necessaria sovraordinazione gerarchica del titolare dell'u.p.d. rispetto al dipendente soggetto a procedimento disciplinare, al fine di garantirne l'indipendenza ed imparzialità di azione (così Miscione 2000, p. 1708). Poiché il titolare dell'u.p.d. è nella generalità dei casi un dirigente, molto dipende dal ritenere i dirigenti assoggettati o meno alla responsabilità disciplinare prevista per gli altri dipendenti, anche se per l'unica sanzione, prevista dall'ordinamento legale e contrattuale, costituita dal licenziamento (v. *infra* §. 6). In caso negativo, evidentemente, non si pone alcun problema, salvo

13 Si ricorda che l'art. 27 del d.lgs. n. 165/2001 impone alle «altre pubbliche amministrazioni, nell'esercizio della propria potestà legislativa e regolamentare», l'adeguamento al principio dell'art. 4 del d.lgs. n. 165/2001 e a quelli dell'intero capo II sulla Dirigenza (dello Stato), «tenendo conto delle relative peculiarità».

14 Sul punto TAR Lombardia, Brescia, 24 luglio 2001, n. 615, in *RPEL*, 2001, p. 903, dove appunto si dichiara l'illegittimità della sanzione comminata dalla Giunta comunale a dipendente dell'ente, in quanto l'UPD dell'art. 55, c. 4 d.lgs. n. 165/2001, «costituisce istituto normativo in sé compiuto ed immediatamente applicabile».

15 Cfr. per la necessaria concentrazione in capo all'UPD di tutte le funzioni in ambito disciplinare proprio con riguardo ad una amministrazione comunale, Trib. Napoli, 6 giugno 2001 in Apicella, Curcuruto, Sordi e Tenore, 2005, p. 281. Ma nello stesso senso anche Cass., 5 febbraio 2004, n. 2168, in *MGL*, 2004, p. 52.

forse quello, diverso, del procedimento da attivare nei confronti di soggetto addetto allo stesso UPD, rispetto al quale pare ragionevole l'individuazione di un ufficio per i procedimenti disciplinari costituito *ad hoc*.

Queste soluzioni trovano spazio e conferma già nell'ambito dei contratti collettivi della tornata 1994/1997 ove si parla di «soggetto competente secondo l'ordinamento dell'amministrazione», presupponendo dunque una certa discrezionalità della p.a. nella fase di individuazione dell'ufficio competente per i procedimenti disciplinari, fino alla possibilità di prevedere uffici disciplinari comuni a più amministrazioni. Inoltre, la possibilità di utilizzare uffici già esistenti, o comuni, soddisfa esigenze pratiche e organizzative non trascurabili, specialmente per i piccoli o medi enti locali, ove un ufficio competente *solo* per i procedimenti disciplinari sarebbe destinato a lunghi e ricorrenti periodi di inattività.

5. Segue. L'Ufficio per i procedimenti disciplinari anche per i dirigenti, ovvero «il buio oltre la siepe».

Il tema della supposta (necessaria) sovraordinazione gerarchica del dirigente dell'UPD rispetto ai dipendenti interessati al procedimento disciplinare è stato significativamente ipotizzato dalla Corte di cassazione, la quale ha costruito attorno alla norma dell'art. 55, c. 4 del d.lgs. n. 165/2001, in modo piuttosto stringente, il principio della esclusività dell'azione disciplinare in capo all'UPD, sia in ragione della competenza «originaria» prevista dalla legge, sia, in particolare, per quella posizione di imparzialità di fatto, data dalla "specializzazione" dell'organo, che viene tendenzialmente a caratterizzare il momento disciplinare nell'impiego pubblico¹⁶. Tale competenza esclusiva, spendibile *erga omnes* in materia disciplinare, sarebbe altresì inderogabile per la contrattazione collettiva «e ciò, in linea generale, per il principio gerarchico delle fonti e, in particolare, con riferimento a quanto disposto dal terzo comma dell'art. 55 che riserva alla contrattazione collettiva la possibilità di "definizione della tipologia e dell'entità delle infrazioni" - competenza, quindi, limitata a tale specifico ambito e che non può essere arbitrariamente estesa all'individuazione del soggetto competente alla gestione di ogni fase del procedimento disciplinare se non a patto di una patente violazione della norma inderogabile del quarto comma dell'art. 55»¹⁷.

Anche per il caso di specie posto all'attenzione della Corte – il licenziamento di un dirigente medico da parte di una Asl – l'esito più importante della pronuncia è quello di una competenza dell'UPD, in applicazione dell'art. 55 d.lgs., per ogni azione e provvedimento disciplinare, compresi quelli azionabili nei confronti dei dirigenti pubblici, senza alcuna necessità che il titolare dell'Ufficio derivi tale competenza esclusiva dalla propria sovraordinazione gerarchica. Se ciò esalta il carattere di indipendenza dell'Ufficio, nondimeno l'applicazione pratica del principio potrebbe risultare difficoltosa per i casi, appunto, in cui l'UPD debba attivarsi contro i vertici burocratici dell'Ente. A mio giudizio, tuttavia, nulla esclude che l'amministrazione,

¹⁶ In questi precisi termini, appunto, Cass. 5 febbraio 2004, n. 2168, cit. V. anche la giurisprudenza maturata in ambito sanitario la quale riserva all'UPD e non al Direttore sanitario, la competenza a svolgere il procedimento disciplinare nei confronti del dirigente medico: cfr. T.A.R. Campania, 21 aprile 1997, n. 1021, in FI, 1998, III, p. 237 e Trib. Genova, ord. 16 giugno 2000, in LPA, 2001, p. 443

¹⁷ Cass. 5 febbraio 2004, n. 2168, cit.; Cass. 3 giugno 2004, n. 10600, in GC, 2005, I, 243. Si deve però rilevare come le due pronunce riguardino ipotesi antecedenti alla modifica apportata all'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001 da parte dell'art. 3, c. 2 della legge n. 145/2002, dove ora si prevede invece una competenza generalizzata del contratto collettivo per quanto riguarda la regolamentazione della responsabilità disciplinare del dirigente pubblico.

specie di medio-grandi dimensioni, possa dotarsi, individuandolo e (pre)costituendolo, di un Ufficio procedimenti disciplinari (solo) per i dirigenti, attribuendone la titolarità di incarico a soggetto che non soffra tali condizionamenti di fatto nell'azione verso colleghi di area dirigenziale¹⁸. Di tale specificazione potrebbe anzitutto farsi carico il contratto collettivo, ad esempio chiarendo, in coerenza con il dettato di legge, che con il termine neutro di «amministrazione», mediante il quale ancora oggi si identifica il soggetto attivo del procedimento di recesso nei confronti del dirigente (v. ad es. art. 27 del Ccnl dell'Area II - Regioni ed autonomie locali 10.4.1996) si intende l'Ufficio procedimenti disciplinari per l'area della dirigenza.

Certo, gli argomenti che si vanno riferendo, presuppongono la positiva soluzione del fondamentale quesito che da tempo impegna al riguardo dottrina e giurisprudenza: quello, cioè, dell'esistenza di una responsabilità disciplinare per i dirigenti e, a cascata, della loro sottoposizione al procedimento disciplinare previsto dalla legge e dai contratti collettivi di area, pure a fronte dell'unica sanzione prevista del licenziamento con o senza preavviso.

Si è qui assistito ad una maldestra imitazione del quadro offerto dal settore privato, dove, come è noto, esiste un regime di libera recedibilità nei confronti dei dirigenti, i quali risultano privi di tutela legale contro i licenziamenti illegittimi al di fuori dell'ipotesi del licenziamento discriminatorio, e dove ancora si discute circa l'applicabilità del procedimento disciplinare *ex art. 7 Stat. Lav.* al licenziamento disciplinare¹⁹ (da ultimo Gragnoli 2003, 345); tale imitazione, sicuramente sostenibile nella prima fase della riforma pur con debite distinzioni (Mainardi 1998), si è fatta via via sempre meno rassomigliante, per effetto degli interventi della contrattazione collettiva prima e del legislatore poi.

I contratti collettivi per le aree dirigenziali, dotati della particolare efficacia generalizzata propria del settore pubblico, hanno infatti introdotto una struttura *causale* del licenziamento, che deve quindi essere motivato in deroga a quanto disposto dall'art. 10 l. n. 604/1966, ed una procedura disciplinare del tutto analoga, nella sequenza contestazione/audizione/applicazione della sanzione, a quella indicata dall'art. 7 Stat. Lav. e dallo stesso art. 55 d.lgs. n. 165/2001 (cfr. ad es. l'art. 27 del Ccnl dell'Area II - Regioni ed autonomie locali 10.4.1996).

La legge, con l'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001 nella formula introdotta dalla l. n. 145/2002, ha dato certezza sull'esistenza di una responsabilità (anche) disciplinare in capo al dirigente²⁰, ripartendone le competenze regolative rispetto alla responsabilità dirigenziale con un rinvio esplicito, seppure necessariamente non esclusivo (per la permanenza di una possibile, quanto evidente, regolazione dell'istituto (anche) secondo le disposizioni di legge v. Mainardi 2002b, p. 1085 e Boscati 2006b, p. 1218), alla fonte negoziale (si dice: «ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo»); inoltre l'art. 55 del d.lgs. n. 165/2001, appunto dedicato alla responsabilità

¹⁸ Ad esempio l'UPD per i dirigenti del Comune potrebbe essere direttamente incardinato sulla Direzione generale, il quale sovrintende alla gestione dell'ente, perseguendo livelli ottimali di efficacia ed efficienza *ex art. art. 108 del Testo Unico sugli Enti Locali* n. 267/2000.

¹⁹ Dopo le note pronunce a sezioni unite della metà degli anni '90 nella direzione dell'inapplicabilità ai dirigenti delle norme procedurali in materia di licenziamento disciplinare (per tutte Cass. Sez. Un. 29 maggio 1995, n. 6041, *FI*, 1995, I, c. 1178), sostengono da ultimo l'applicabilità dell'art. 7 dello Statuto al licenziamento della dirigenza Cass., 30 marzo 2007, n. 7880; Cass. 2 marzo 2006, n. 4614 e Cass. 3 aprile 2003, n. 5213, in *RGL*, 2004, II, p. 559.

²⁰ Sono peraltro oggi numerosi i richiami legislativi ad una responsabilità *disciplinare* del dirigente pubblico: cfr. ad es. i già citati commi 11 e 42 dell'art. 1 l. n. 311/2004, per i quali l'affidamento di incarichi di consulenza nel mancato rispetto dei limiti di spesa e di procedura ivi previsti, in ogni caso «costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale».

disciplinare, pur mantenendo fermo quanto stabilito dall'art. 21 in materia di responsabilità dirigenziale, non esclude affatto dal proprio ambito di applicazione i dipendenti con qualifica di dirigente rivelandosi, come di fatto ha ritenuto la Corte di cassazione nelle citate pronunce sull'UPD, norma di generale applicazione²¹.

A ciò deve aggiungersi che proprio l'esistenza delle sanzioni conservative riguardanti l'incarico per ipotesi di responsabilità dirigenziale ex art. 21 d.lgs. n. 165/2001, le quali senz'altro potrebbero, nella materialità del comportamento valutato, essere ricondotte anche ad una responsabilità di tipo disciplinare²², allargano in modo evidente la diversità di trattamento del dirigente a seconda che si attivi l'una o l'altra procedura di accertamento della responsabilità: ipergarantita la prima, attraverso la procedura di accertamento da parte dei nuclei di valutazione, il licenziamento come sanzione solo nei casi più gravi ed il necessario parere preventivo all'adozione della sanzione da parte del Comitato dei garanti dell'art. 22 d.lgs. n. 165 (Nicosia 2007, p. 267 ss.); assai meno la seconda, con una procedura essenziale prevista dal Ccnl indirizzata all'unica sanzione prevista del recesso con o senza preavviso. Tanto che, con un certo senso pragmatico, si è avanzata in dottrina la tesi per cui spetta all'amministrazione decidere, a fronte della medesima condotta, se questa sia rilevante ai fini dell'una o dell'altra responsabilità, «con la consapevolezza, però, della diversa procedura da seguire per l'accertamento di ciascuna» (Noviello e Tenore 2002, p.142)²³.

Dal canto suo, la pure scarsa giurisprudenza formatasi sul tema del licenziamento del dirigente pubblico appare assai lontana da una assimilazione indiscriminata al modello proprio del settore privato, a partire dalla stessa Corte Costituzionale, la quale, a più riprese, ha ritenuto sì ammissibile e conforme a Costituzione il recesso anche nell'ambito della categoria dirigenziale, ma a patto che siano previste «alcune garanzie sul versante del rapporto di lavoro del dirigente quali la specificazione delle peculiari responsabilità dirigenziali, la tipizzazione delle misure sanzionatorie adottabili, la previsione di adeguate garanzie procedurali nella

²¹ Si potrebbe sostenere che l'art. 55, c. 3, facendo salvo quanto previsto dall'art. 21, il quale a sua volta rinvia alla contrattazione collettiva per le previsioni in materia di responsabilità disciplinare dei dirigenti, abbia in realtà conferito ai contratti, attraverso il doppio rinvio, una facoltà di deroga a quanto disposto dallo stesso art. 55 per la generalità dei dipendenti. Resta però che il comma 3 dell'art. 55 è riferito unicamente alla definizione contrattuale delle tipologie di infrazione e sanzione e la clausola di salvezza, concepita in epoca antecedente alla modifica dell'art. 21 con riguardo alla materia disciplinare, occorre allo scopo di coordinare la disciplina delle ipotesi di responsabilità disciplinare con quelle relative alla responsabilità dirigenziale appunto dell'art. 21 d.lgs. n. 165/2001. Inoltre è indubbio che il comma 2 dell'art. 55, nel richiamare l'applicazione dell'art. 2106 c.c. e dell'art. 7, c. 1°, 5°, e 8°, si riferisca «ai dipendenti di cui all'art. 2, comma 2» del decreto legislativo n. 165: quindi a tutti i dipendenti, a prescindere dalla qualifica posseduta.

²² Sulla distinzione tra le due forme di responsabilità, v. in giurisprudenza Trib. Piacenza, ord. 30 ottobre 2003 in *lavoropubblico.formez.it/contenzioso*; Trib. Roma, 4 luglio 2003, *ivi*; T.A.R. Lombardia – Milano, sez. II, 23 giugno 2004, n. 2656, in *FA*, 2004, 1644. Per la possibile coincidenza tra i comportamenti ai fini delle due forme di responsabilità, da ultimo Cass., 20 febbraio 2007, n. 3929, che riconoscerebbe tuttavia una identità propria ed ontologica in capo alla responsabilità disciplinare, la quale, diversamente dalla responsabilità dirigenziale che può configurarsi «come una sorta di responsabilità oggettiva», sarebbe sempre connotata quanto meno dall'elemento soggettivo della negligenza colpevole del lavoratore.

²³ In linea con la possibile sovrapposizione delle due responsabilità per i medesimi fatti, purché si tratti di «mancanza» del dirigente, la già citata Cass., 20 febbraio 2007, n. 3929 (con riferimento a licenziamento di dirigente della Polizia municipale di un Comune), la quale ha stabilito, in tali ipotesi, che anche il licenziamento disciplinare debba essere sottoposto, a motivo di garanzia rispetto al vertice politico, al necessario preventivo parere conforme del Comitato dei Garanti ex art. 22 d.lgs. n. 165/2001: secondo la Corte, «quante volte il mancato raggiungimento degli obiettivi dipenda da negligenza o inerzia del dirigente, la responsabilità dirigenziale sarà tutt'uno con quella disciplinare o per mancanze».

valutazione dei risultati e dell'osservanza delle direttive ministeriali»²⁴. Da ultimo la tendenza a ritenere necessaria, in capo alla dirigenza pubblica, l'apparato di tutela prevista per la generalità dei dipendenti in caso di licenziamento disciplinare è stata affermata dalla Corte di cassazione, in particolare assumendo l'applicazione (anche) nei confronti dei dirigenti pubblici dell'intero Statuto dei lavoratori a norma dell'art. 51, c. 2 del d.lgs. n. 165/2001²⁵: ciò comporta, secondo i Giudici di legittimità, che in tutti i casi in cui si determinino vizi formali o sostanziali nell'irrogazione del licenziamento secondo le previsioni del contratto collettivo, la tutela da apprestare al dirigente è quella reintegratoria di cui all'art. 18 dello Statuto, estesa quindi al di là dell'unica ipotesi invece prevista nel settore privato (e nella stessa contrattazione collettiva di area dirigenziale del settore pubblico) del licenziamento discriminatorio.

In questa giurisprudenza della Corte viene in definitiva attribuito valore decisivo ad un profilo talora emerso nel dibattito dottrinale (per la tutela reale *ex art. 18 Stat. Lav.* a favore del dirigente v. Sordi 2001, p. 290 ss.; Alvaro 2006, p. 138; *contra*, Carinci F. 2001, p. 47; Zoppoli L. 2003, p. 529; Lanotte 2003, p. 251; Nicosia 2000, p. 131; Boscati 2006, p. 1228 ss.). Si insiste soprattutto sul fatto per cui, con riguardo ai dirigenti pubblici «in luogo della questione di qualificazione, si pone la questione del diritto all'accesso e delle conseguenze della sua violazione» (Tosi 2001, p. 67) sì da non poter attribuire valore significativo a quella distinzione tra *top manager* e bassa (o pseudo, o convenzionale) dirigenza del tutto centrale, invece, nell'ambito del settore privato. Nel settore pubblico l'attribuzione della qualifica dirigenziale si deve alla ricorrenza di presupposti formali, al superamento del concorso per l'accesso alla dirigenza o, addirittura, a precisa disposizione di legge come avviene nel caso della dirigenza sanitaria: per cui, argomenta la Suprema Corte, non assume alcun rilievo, appunto sul piano qualificatorio, «l'esercizio delle mansioni effettivamente svolte, sicché nel settore pubblico esiste una scissione, ignota al diritto privato, fra l'acquisto della qualifica di dirigente (con rapporto di lavoro a tempo indeterminato) ed il successivo conferimento delle funzioni dirigenziali a tempo»²⁶ (in dottrina v. Zoli 2005).

Verrebbe pertanto meno, qui, l'argomento più intimo – il dirigente come *alter ego* del datore di lavoro ed il particolare carattere fiduciario del rapporto da ciò derivato – che nell'ambito del lavoro di impresa ha condotto la giurisprudenza ad escludere, da un lato, la sussistenza del potere disciplinare e dei relativi limiti procedurali di esercizio nei confronti dei dirigenti; dall'altro, il regime di tutela contro

²⁴ Corte Cost. 16 maggio 2002, n. 193, in *LPA*, 2002, p. 553, con nota di Cerbo; ma v. anche, nella stessa direzione, Corte Cost. 25 luglio 1996, n. 313, in *RIDL*, 1997, II, p. 36, con nota di Gragnoli e la recentissima Corte Costituzionale, 19 marzo 2007, n. 103, in corso di pubblicazione in *LPA*, con nota di Nicosia che, dichiarando l'incostituzionalità del meccanismo dello *spoils system* introdotto dalla l. n. 145/2002, attraverso una lettura "neopubblicistica" della materia degli incarichi dirigenziali, ha richiamato la necessità costituzionale di fornire il procedimento di rimozione del dirigente dall'incarico di una serie di cautele procedurali e sostanziali.

²⁵ Cass., 1° febbraio 2007, n. 2233, in corso di pubblicazione in *LPA* fasc. 2/2007 con nota di Sgroi e in *ADL* fasc. 2/2007 con nota di Boscati; affermano la tutela reintegratoria anche Tar Veneto 18 marzo 1999, n. 380, in *FA*, 2000, I, p. 547; Trib. Roma, 20 luglio 2000, in *GC*, 2001, I, p. 500; Trib. Napoli 7 gennaio 2003, in *DLM*, 2003, p. 505; Trib. Milano 1° aprile 2004, in *D&L*, 2004, p. 414. *Contra*, nella giurisprudenza di merito, per l'esclusione del dirigente dal regime di tutela reintegratoria *ex art. 18 Stat. Lav.*, Trib. Firenze 15 gennaio 2004, in *LPA*, 2004, p. 194; Trib. Trapani 26 novembre 2003, in *GM*, 2004, p. 774; Trib. Catanzaro (ord.) 26 febbraio 2003, in *GC*, 2003, I, p. 2277; Trib. Firenze 6 dicembre 2002, in *D&L*, 2003, p. 759; cfr. anche App. Firenze 15 settembre 2001, in *D&L*, 2001, p. 1082; Trib. Genova 16 giugno 2000, in *LPA*, 2001, p. 443; Trib. Roma 5 giugno 2000, in *GI*, 2001, p. 497; Cons. Stato, sez. VI, 26 aprile 2000, n. 2493, in *LPA*, 2000, p. 639; Trib. Milano 22 giugno 1999, in *D&L*, 1999, p. 665.

²⁶ Cass., 1° febbraio 2007, n. 2233, cit.

i licenziamenti illegittimi proprio di tutti gli altri dipendenti²⁷. Ed è constatazione di fatto che, nel settore pubblico, la stessa distinzione operata nel privato tra veri *top manager* (privi di tutela procedurale contro i licenziamenti) e normali dirigenti (cui si ritiene invece estensibile il procedimento *ex art. 7 Stat. Lav.*²⁸), può risultare quantitativamente sbilanciata a favore della seconda categoria, talora in modo del tutto evidente rispetto all'ambito dirigenziale, come avviene nel comparto della Sanità, ove la qualifica è in realtà conferita per legge e per contratto, ed è coesistente al mero esercizio della professione medica del tutto a prescindere dall'attribuzione di concreti poteri gestionali da parte delle Aziende.

D'altro canto esiste una lettura dottrinale tutta tesa a circoscrivere legislativamente e contrattualmente il carattere negoziale e fiduciario della scelta in ordine all'attribuzione degli incarichi dirigenziali, in sostanza "oggettivizzando" i criteri da seguire in occasione dell'individuazione del dirigente destinato a ricoprire le funzioni amministrative (D'Alessio 2006, p. 564), sì da stemperare ulteriormente il carattere fiduciario del rapporto e l'*intuitus personae* nel momento di valorizzazione della qualifica attraverso l'attribuzione di incarico; mentre, sul versante sindacale, è lo stesso *Memorandum* del 27 gennaio 2007 a prevedere, che «l'uscita deve costituire l'esito estremo di risultati negativi»²⁹.

Ora, al di là della questione circa l'applicabilità della tutela reale *ex art. 18 Stat. lav.*, che merita di essere approfondita e non pare affatto appianata dalle argomentazioni, talora apodittiche³⁰, della prima citata sentenza della Corte di Cassazione sul tema, resta che l'assetto della responsabilità disciplinare del dirigente pubblico ha assunto, sul piano normativo e sistematico, caratteri diversi da quelli propri della responsabilità del dirigente di impresa. La struttura causale del licenziamento, l'esistenza di una procedura disciplinare descritta dalla legge (art. 55) e dai contratti collettivi di area dirigenziale, la necessaria applicazione del principio di proporzionalità *ex art. 2106 c.c.*, l'impossibilità o l'irrilevanza di un'indagine circa il particolare rapporto fiduciario che lega il dirigente al vertice politico, così come sul carattere di *alter ego* e di attribuzione dei poteri gestionali propri del "datore di lavoro" posto in secondo piano dalle particolarità di accesso e di attribuzione dell'incarico; tutto ciò, conduce quanto meno a ritenere inadeguato l'apparato sanzionatorio oggi costituito dall'unica sanzione del licenziamento, in definitiva il solo elemento attraverso il quale si è normativamente inteso allinearsi con il modello del settore privato. Altro, infatti, è prevedere l'operatività della tutela reale *ex art. 18* in ogni caso di illegittimità del licenziamento del dirigente, tutela oggi invece circoscritta dai contratti collettivi, come detto, ai soli casi di licenziamento avente natura discriminatoria; altro è, invece, ammettere il necessario rispetto di una procedura

²⁷ Il rinvio è naturalmente alla sequenza giurisprudenziale introdotta dalla già citata Cass. Sez. Un. 29 maggio 1995, n. 6041, *FI*, 1995, I, p. 1178 con nota di Amoroso (sul tema v. già Tosi 1989, p. 178 ss. e poi Montuschi 1997; Pera 1995; Papaleoni 1996, p. 142; Dell'Olio 1999).

²⁸ Cfr. Cass., 11 febbraio 1998, n. 1434, in *GC*, 1998, I, p. 945 con nota di Pera; Cass., 15 novembre 2001, n. 14230, in *LG*, 2002, p. 524, con nota di Mannacio. Ma v. Cass., 30 marzo 2007, n. 7880 la quale estende l'applicazione dell'art. 7, c. 2 e 3 Stat. Lav. ai dirigenti, a prescindere dalla specifica collocazione che gli stessi assumono nell'impresa.

²⁹ Cfr. sul punto Zoppoli L. 2007, p. 13, il quale considera eccessivo tale principio in quanto «allontanerebbe sensibilmente la disciplina della dirigenza pubblica da quella privata».

³⁰ La Corte conferisce ad esempio valore preponderante al disposto dell'art. 51, comma 2 d.lgs. n. 165/2001 che estende a tutte le p.a. l'applicazione dello Statuto dei lavoratori a prescindere dal numero dei dipendenti occupati, laddove la norma pare invece descrivere solo l'ambito di operatività oggettivo dello della l. n. 300/1970 (le p.a. a prescindere dal dato occupazionale) in raffronto all'art. 35 Stat. Lav., e non quello, soggettivo, con riguardo alle possibili esclusioni di "categorie" di lavoratori.

legale e contrattuale per l'applicazione delle sanzioni, che potrebbero qui trovare una articolazione, in ossequio al principio di gradualità e proporzionalità stabilito dall'art. 2106 c.c.

Gli assetti propri della dirigenza pubblica ed un sistema disciplinare che dal punto di vista sostanziale-causale, così come procedurale, è senz'altro assimilabile a quello in uso per gli altri dipendenti, portano a ritenere ingiustificata l'attuale assenza di sanzioni di tipo conservativo, applicate secondo il principio di proporzionalità giusto il richiamo dell'art. 55 d.lgs. n. 165/2001 all'art. 2106 c.c., anche nell'ambito della responsabilità disciplinare del dirigente (v. già sul punto Lanotte 2003, p. 134). L'introduzione di misure conservative, come la sospensione, che incidano direttamente sul rapporto di lavoro a prescindere dall'incarico attribuito, da un lato sdrammatizzerebbe il problema delle distinzioni interne alla categoria tra dirigenti con effettivi poteri gestionali, «di respiro tale da caratterizzare la vita dell'azienda»³¹ ed altri dirigenti senz'altro assimilabili alla dirigenza convenzionale del settore privato; dall'altro lato, nell'attuale cuneo di ineffettività della responsabilità dirigenziale, le amministrazioni potrebbero rivelarsi più propense verso l'utilizzo della responsabilità disciplinare se avessero a disposizione strumenti sanzionatori, appunto di tipo conservativo, i quali consentano di ripristinare la funzionalità del rapporto con i propri dirigenti, reagendo agli inadempimenti anche dove i fatti non sono così gravi da determinare il ricorso alla sanzione espulsiva. Certo resterebbe da coordinare la sospensione del «rapporto», con l'esecuzione dell'«incarico» a tempo determinato cui è invece legata una precisa, e diversa, forma di responsabilità³²; ed inoltre, una articolazione delle pene disciplinari in relazione al principio di proporzionalità imporrebbe, secondo i principi generali, l'adozione di un codice disciplinare da parte dei contratti collettivi. D'altro canto riesce difficile giustificare la circostanza per cui, alla ricorrenza dei medesimi fatti, in un luogo - la responsabilità dirigenziale -, sono previste sanzioni che colpiscono l'incarico ma lasciano sopravvivere il rapporto, ed in altro luogo - la responsabilità disciplinare -, si determina la sola possibilità di licenziare il dirigente.

In definitiva, oggi, sapendo che verso il dirigente è possibile, nell'ambito più squisitamente disciplinare, la sola misura del recesso, le amministrazioni optano spesso per soprassedere anche a fronte di significative inadempienze; peraltro, l'immanenza del principio di proporzionalità, esporrebbe un eventuale recesso in tali ipotesi alla sanzione della nullità per violazione dell'art. 2106 c.c., così come richiamato dall'art. 55, c. 2 d.lgs. n. 165/2001. Si tratta, dunque, di introdurre sulle «dirigenze» delle pubbliche amministrazioni un importante fattore di praticabilità empirica del modello privatistico, il quale risponda, oltre che alle esigenze di tenuta gestionale ed organizzativa a fronte degli inadempimenti contrattuali dei dipendenti che occupano le posizioni di vertice, anche ad una evoluzione del quadro sistematico sempre più incline, per certi profili, a differenziare la dirigenza pubblica da quella dell'impresa privata.

Gli spazi di manovra determinati dalla legge suggeriscono che tale operazione di revisione dell'apparato sanzionatorio per i dirigenti sia svolta dal contratto collettivo, attraverso il rinvio contenuto nell'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001, anzitutto eliminando l'attuale dizione per cui «il dirigente non è soggetto alle sanzioni disciplinari conservative previste dall'art. 7, commi 3, 4 e 5, della legge n. 300 del 1970» (ad es. art. 27 Ccnl Area II - Regioni ed autonomie locali 10.4.1996). Peraltro il mancato

³¹ Cass., 21 luglio 2001, n. 9950, in *DPL*, 2002, p. 661.

³² Cfr. Boscati 2006a, p. 334, il quale, appunto rilevando l'incompatibilità tra sospensione del rapporto ed esecuzione dell'incarico, riterrebbe al più praticabili sanzioni di tipo pecuniario come la multa.

richiamo da parte dell'art. 55 del d.lgs. n. 165/2001 al 4° comma dell'art. 7 Stat. Lav., abilita la contrattazione collettiva, anche nell'ambito dirigenziale, oltre che a porre distinzioni interne alla categoria e a coordinare l'apparato punitivo disciplinare con la materia degli incarichi, a praticare sanzioni svincolate, nella *tipologia* e nei *limiti edittali*, da quelle enunciate nella norma statutaria: è attraverso questa via, infatti, che la contrattazione collettiva della tornata 2002/2005 ha potuto introdurre, per tutti i comparti, la sanzione della sospensione con privazione (parziale) della retribuzione da 11 giorni ai sei mesi (cfr. ad es. artt. 24 e 25 del Ccnl Regioni ed autonomie locali del 22.1.2004), senz'altro assai efficace nel fornire una risposta seria da parte della p.a., utile a conciliare il ripristino della funzionalità del rapporto con la conservazione dello stesso in capo al dipendente. Ed è attraverso questa via che potrebbero essere individuate sanzioni pecuniarie più significative rispetto al massimo della multa pari a quattro ore di retribuzione

6. Il procedimento disciplinare: da veicolo di legittimità formale del provvedimento, a strumento di controllo sostanziale e procedurale sull'esercizio dei poteri datoriali.

La zona di maggiore contatto ed interlocuzione tra i sistemi disciplinari dei due settori, privato e pubblico, è da sempre costituita dal procedimento disciplinare.

E' noto, infatti, come l'innesto delle garanzie procedurali dell'art. 7 Stat. lav. sullo scarno precetto dell'art. 2106 c.c. risulti largamente debitore dell'esperienza contrattuale in essere nel settore privato, ma, soprattutto, del modello proprio del T.U. approvato con d.p.r. n. 3/1957, che del procedimento fece il nucleo costitutivo ed identificativo del monumentale apparato disciplinare del settore pubblico (Benvenuti 1961, p. 739). E' anche vero, peraltro, che di quel modello la legge del 1970 non recepì l'elemento di distinzione fondamentale, dato dalla presenza di un giudice imparziale, nella funzione e nella composizione interna, costituito dalle commissioni di disciplina di cui all'art. 112 e ss. T.U. n. 3/1957 e confermato dall'art. 22 della l. n. 93/1983, il quale imponeva che l'irrogazione delle sanzioni avvenisse previo parere di un organo costituito in modo da assicurarne l'imparzialità (in particolare per la presenza di rappresentanti sindacali dei lavoratori). Il legislatore del settore privato mancò quindi di importare quella reale scissione fra funzione inquirente e funzione giudicante, che avrebbe impedito all'imprenditore di conservare una posizione sostanziale di «giudice domestico», nella misura in cui «l'esercizio del potere sia deferito in via permanente ad un collegio imparziale anziché spettare in via esclusiva al titolare, con tutte le implicazioni che tale scelta comporta sul piano dei corollari» (Montuschi 1971, p. 217).

Appare quindi comprensibile ora, al momento in cui il settore pubblico, con curiosa circolarità storica, imposta sul modello dell'art. 7 Stat. lav. il sistema disciplinare privatizzato dell'art. 55 del d.lgs. n. 165/2001, l'interpretazione fornita dalla Corte di cassazione circa la natura dell'Ufficio procedimenti disciplinari, soggetto attivo del procedimento: un organismo di parte, che è e rappresenta l'amministrazione nell'azione disciplinare, il quale tuttavia "tende" ad una forma di "imparzialità", questa volta "di fatto", fornita dalle modalità di costituzione e dalla professionalità del dirigente che ne assume la responsabilità.

Con la riforma si rimedia, invece, o si cerca rimedio, alle disfunzioni più conosciute dell'apparato «paragiurisdizionale» del T.U. del 1957, le cui rigidità

formali, scandite da termini a carattere prevalentemente ordinatorio³³, hanno favorito prassi dilatorie della pubblica amministrazione del tutto contrarie alle esigenze di certezza e celerità dell'azione disciplinare³⁴. La mutata configurazione del rapporto disciplinare ha imposto una revisione integrale del procedimento disciplinare che, da un lato, si accostasse ai caratteri di celerità e concentrazione propri dei modelli procedurali presenti nel settore privato; e, dall'altro lato, mantenesse il corredo minimo di garanzie ispirate al diritto di difesa del lavoratore e ad una possibile riduzione del contenzioso in materia.

Il legislatore ha tuttavia rinunciato, per la parte procedurale, ad un rinvio integrale alla disciplina privatistica dell'art. 7 stat. lav.

L'art. 55 del decreto legislativo n. 165/2001 introduce infatti specifiche norme sul procedimento disciplinare che, pur concepite sul modello privatistico, costituiscono di fatto una deroga all'applicazione della norma statutaria, verso una complessiva, più accentuata forma di garanzia per il dipendente, addirittura esaltata dai contratti collettivi di comparto. Ne sono esempi la disciplina di raccordo tra capo struttura e UPD nella fase di accertamento, segnalazione e contestazione dell'addebito (art. 55, c. 4); l'obbligo, contrattualmente stabilito, di accesso in ogni momento agli atti del procedimento disciplinare da parte dell'interessato o di suo difensore (cfr. art. 24, c. 5 Ccnl Regioni e autonomie locali 6.7.1995); il necessario invito da parte dell'UPD all'audizione a difesa del dipendente, in ogni caso e dunque anche a prescindere, come avviene invece nel privato, da una precisa richiesta dello stesso in tal senso; il più ampio termine a difesa concesso al dipendente, il quale per i contratti collettivi non può essere convocato a difesa «prima che siano trascorsi cinque giorni lavorativi dalla contestazione del fatto» (mentre nel privato è la «sanzione» che non può essere applicata prima che siano trascorsi cinque giorni dalla contestazione); il carattere di «tempestività» della contestazione, codificato dai contratti collettivi nel termine di 20 giorni dalla conoscenza del fatto da parte del soggetto attivo del procedimento (capo struttura o UPD), termine oggi definito come perentorio da parte dei Ccnl di comparto (cfr. il c. 9 *bis* dell'art. 24 Ccnl Regioni e autonomie locali introdotto dall'accordo di comparto del 22.1.2004 su cui v. Tenore 2003, p. 864³⁵); la possibilità per il dipendente, nell'ambito del procedimento, di realizzare un «patteggiamento» sulla tipologia ed entità della pena, in cambio della inoppugnabilità della stessa in sede giudiziale od arbitrale; il termine, universalmente fissato dai contratti collettivi, di perentoria «archiviazione» del procedimento trascorsi 120 gg. dalla contestazione (cfr., ancora, art. 24, c. 7 Ccnl Regioni e autonomie locali 6.7.1995).

Deve in particolare essere sottolineata la tendenza del nuovo procedimento del settore pubblico ad esaltare il momento del contraddittorio, quasi ad innestare elementi di un (giusto) processo disciplinare, nell'ambito di una procedura che resta caratterizzata dalla unilateralità di azione da parte del soggetto datoriale. Peraltro la differenza di tutela codificata dal legislatore della riforma scaturisce integralmente da

³³ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 1989, n. 369, *FA*, 1989, p. 1035.

³⁴ In tal senso v. Corte Cost., 25 maggio 1990, n. 264, in *FI*, 1990, I, c. 2723.

³⁵ Per la non perentorietà del termine, prima della modifica dei testi contrattuali, v. Cass., 13 aprile 2005, n. 7601, in *lexitalia.it*; Cass., 23 dicembre 2004, n. 23900, in *FI*, 2006, I, col. 557. Se può così dirsi risolto il problema dell'immediatezza con riguardo all'attività iniziale dell'UPD, esso si ripropone, a monte, con riguardo all'attività del capo struttura: è certo, qui, che possano essere riproposti gli argomenti, lungamente elaborati nel settore privato, tesi a rendere necessaria l'immediatezza della segnalazione - seppure in senso relativo e cioè dal momento della conoscenza dei fatti -, anche da parte del capo struttura, al duplice fine di agevolare il diritto di difesa da parte del dipendente e di impedire la formazione di comportamenti acquiescenti del datore di lavoro di fronte all'illecito (Papaleoni 1996, p. 282; Mainardi 2002a, p. 386).

quel "diritto vivente", le cui sollecitazioni hanno contribuito, appunto nell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale sull'art. 7, a rafforzare e ad allargare le garanzie statutarie per i lavoratori privati. Si assiste, in tal modo, alla più feconda osmosi di principi e discipline tra i due settori sul versante della procedura: l'audizione a difesa è sempre garantita e all'Ufficio procedimenti disciplinari spetta un preciso obbligo di attivazione in tal senso.

Il fatto che l'amministrazione «convochi» il dipendente per l'audizione a difesa potrebbe far pensare che egli non sia libero di esercitare la difesa nella più completa libertà di forme, e dunque di discolarsi sia in forma orale che in forma scritta, come da tempo riconosciuto dalla giurisprudenza dell'impiego privato. In realtà tale possibilità di difesa (o di non difesa) ad ampio raggio in seguito alla «convocazione» è sicuramente ammessa anche per il dipendente pubblico, dovendo piuttosto la norma essere interpretata nel senso che incombe sull'amministrazione un obbligo di invitare il lavoratore alla difesa orale in ogni caso, indipendentemente da un sua richiesta in tal senso, mentre, nel settore privato, la giurisprudenza afferma che la presentazione da parte del lavoratore di giustificazioni scritte non fa venire meno l'obbligo da parte del datore di lavoro di ascoltare oralmente il dipendente, ma solo qualora questi ne faccia contestuale esplicita richiesta³⁶.

Fa da contrappeso, sul versante datoriale, la più piena libertà di utilizzo dei mezzi istruttori da parte della p.a., naturalmente circoscritta dall'esigenza di garantire carattere di assoluta trasparenza al procedimento disciplinare, fondato, in un'ottica privatistica, più che sui principi generali di imparzialità e di buona amministrazione (art. 97 Cost.), sul principio del contraddittorio e sulla garanzia del diritto di difesa (art. 24 Cost.), oltre che sul rispetto dei canoni di non discriminazione, correttezza e buona fede negoziale. Al riguardo, come anticipato, le norme dei contratti collettivi prevedono che «al dipendente o, su sua espressa delega al suo difensore, è consentito l'accesso a tutti gli atti istruttori riguardanti il procedimento a suo carico» (cfr. Ccnl Regioni ed autonomie locali; art. 27, c. 5). Sono già state oggetto di specifica considerazione da parte della Corte di Cassazione³⁷ le ragioni per cui la cornice privatistica del rapporto disciplinare, nella quale si inserisce a pieno la norma contrattuale sull'"accesso", porta a dubitare della possibilità di ricondurre alla l. n. 241/1990 (art. 22) l'obbligo della p.a. di consentire l'accesso agli atti del procedimento disciplinare, sottoposto, lo si ricorda, non solo alle norme del diritto privato, ma anche alla competenza del giudice ordinario. La mancata concessione del diritto di accesso verrà pertanto qui valutata dal giudice ordinario quale violazione, da parte del datore di lavoro, delle *norme contrattuali* che regolano la procedura diretta all'irrogazione delle sanzioni disciplinari, e non come violazione degli obblighi imposti dalle norme generali in materia di accesso agli atti amministrativi: e ciò in quanto, nell'ambito del procedimento disciplinare, e di qualunque procedimento proprio della gestione dei rapporti di lavoro nelle p.a. (es. procedure di mobilità o di gestione delle eccedenze), si ha una sequenza di atti negoziali in alcun modo soggetta alle regole pubblicistiche di disciplina del procedimento amministrativo.

L'avvicinamento al modello privato non riguarda perciò solo il profilo "quantitativo" della riduzione delle norme procedurali e della eliminazione della rigida

³⁶ Cass., 7 gennaio 1998, n. 67, in *RIDL*, 1998, II, p. 543; Cass., 11 giugno 1996, n. 5366, in *NGL*, 1996, p. 561; Cass., 29 aprile 1993, n. 5027, in *NGL*, 1993, p. 829; Cass., 3 giugno 1992, n. 6742, in *DPL*, 1992, p. 2202; Cass., 16 gennaio 1992, n. 467, in *RIDL*, 1993, II, p. 316.

³⁷ Cfr. le pronunce citate *retro*, alla nota n. 1.

scansione formale che caratterizzava la vecchia procedura, ma tocca la vera e più intima essenza del procedimento disciplinare: come avviene nell'impresa, la «legittimazione» della sanzione deriva dalla formazione della stessa nel rispetto delle norme sostanziali e procedurali considerate idonee, dall'ordinamento, a far sì che la determinazione del datore di lavoro avvenga in termini di adeguatezza, nel rispetto delle clausole generali che regolano l'attività negoziale e risulti priva di intenti discriminatori. La piena responsabilizzazione del datore di lavoro pubblico nell'irrogazione delle pene è coerente con l'intero disegno di riforma e va ad affiancarsi, chiudendo il circuito, all'attribuzione alla p.a. del potere direttivo e di organizzazione per tutti gli atti di gestione dei rapporti di lavoro (art. 5, comma 2 d.lgs. n.165/2001): divenuto giudice «domestico», l'ente pubblico «interessato dall'azione disciplinare agisce in piena autonomia nell'irrogazione della sanzione» (Esposito 1995, 256; Battini 2002, 802-803), dovendo seguire i soli obblighi sostanziali e procedurali ai quali è tenuto a conformarsi anche l'imprenditore privato.

Restano, naturalmente, anche qui, alcuni luoghi di tensione nella incondizionata applicazione delle coordinate di diritto privato.

Tra questi vi è senz'altro quello della presunta obbligatorietà dell'azione disciplinare, pianamente desunta, in orbita giuspubblicistica, dalla alterità degli interessi cui la stessa presiede (interessi non interni e contrattuali, bensì esterni e generali) (Terranova 1995, p. 205; Contieri 1984, p. 84).

L'esistenza di un'insopprimibile discrezionalità in capo al datore di lavoro nell'avviare (o meno) l'azione disciplinare nei confronti del dipendente, trova invece fondamento nel più ampio potere di direzione dell'impresa *ex art.* 2086 c.c., anche in ragione dell'opportunità di astenersi dall'irrogare sanzioni disciplinari in ragione del contesto organizzativo-ambientale o della contingenza temporale del caso³⁸. Altra e diversa questione è infatti quella relativa alla lamentata discriminazione subita da un lavoratore sottoposto a procedimento disciplinare, a fronte di altro lavoratore nei cui confronti, pur in presenza dei medesimi fatti sanzionabili, non sia stato avviato il procedimento e non è stata irrogata sanzione. Il datore di lavoro potrebbe qui essere chiamato a giustificare in sede di impugnativa la razionalità della propria scelta, pur in assenza di un principio di parità di trattamento in materia³⁹; ma si tratta di questione che involge la legittimità della sanzione impugnata sotto il profilo del divieto di discriminazione e non, con evidenza, la mancata attivazione dell'azione disciplinare nei confronti del lavoratore non sottoposto a procedimento.

Il principio di discrezionalità o, meglio, di *opportunità* dell'azione disciplinare deve pertanto trovare cittadinanza, senza riserve, anche con riguardo all'esercizio del potere da parte delle amministrazioni pubbliche (in tal senso L. Zoppoli 1998, p. 423, il quale sembra peraltro circoscrivere la discrezionalità al solo momento sanzionatorio; Tampieri 1996, p. 72 e Pellacani 1994, p. 85, i quali individuano come unico limite al regime di discrezionalità determinato dalla c.d. privatizzazione, il rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento; *contra*, Viola 1996, p. 555 e Id 1997, p. 367; Fiori 1996, p. 101), in quanto, come più volte rilevato, la privatizzazione esclude una finalizzazione dei procedimenti alle regole pubblicistiche di azione (Lucibello 1998, p. 481), svincolando l'esercizio del potere da ogni obbligatorietà, salva l'illegittimità di comportamenti discriminatori o arbitrari da parte della p.a. (C. Alessi 1994, p. 555).

³⁸ Così, espressamente, Cass., 25 maggio 1995, n. 5753, in *MGL*, 1995, p. 601; Cass., 27 febbraio 1995, n. 2252, in *GC*, 1995, I, p. 2781; Trib. Torino 17 febbraio 1997, in *Gpiem*, 1998, p. 114.

³⁹ Per un caso di legittima punizione solo di alcuni e non di tutti i responsabili di un'infrazione disciplinare cfr. Cass., 25 luglio 1984, n. 4382, in *GC*, 1984, I, p. 3001.

La natura pubblica dell'ente non determina più, e forse non determinava nemmeno prima (L. Zoppoli 1991), l'obbligo per la p.a. di dare luogo all'azione (e quindi all'irrogazione della sanzione) pure in presenza di un'infrazione rilevante sul piano disciplinare, in quanto l'amministrazione, nella gestione del personale, utilizza strumenti privatistici diretti al conseguimento di un risultato di efficienza che può essere raggiunto anche attraverso la guida di criteri di opportunità negli atti di gestione. Si tratta, in *subjecta materia* e in ragione del processo di riforma, non di discrezionalità amministrativa, che postula l'insindacabilità nel merito, bensì di «discrezionalità» (in senso atecnico) del privato datore di lavoro, che comporta la piena sindacabilità del merito delle scelte, con il segnalato passaggio da posizioni soggettive del lavoratore aventi la natura dell'interesse legittimo a posizioni di diritto soggettivo.

Come nel settore privato l'esercizio del potere attraverso il procedimento è preordinato al recupero di funzionalità del rapporto e al perseguimento di finalità afflittive ed intimidatorie nei confronti della collettività di lavoro: onde, laddove il soggetto titolare del potere, pure in presenza dell'infrazione, e in relazione al caso di specie, non ravvisi l'opportunità in tal senso dell'azione disciplinare, ben può ammettersi la scelta di un'astensione dal procedere nei confronti del lavoratore. Peraltro tale disponibilità del procedimento e della sanzione mi pare addirittura esplicita nella piena disponibilità «negoziale» degli stessi, così come evidentemente descritta dall'art. 55, c. 6 d.lgs. n. 165/2001, attraverso l'istituto del «patteggiamento» disciplinare della pena e della stessa prosecuzione del procedimento, istituto esplorabile per fini del tutto parziali e di convenienza contrattuale del lavoratore e dell'amministrazione, ovvero, rispettivamente, la riduzione della sanzione e l'inoppugnabilità della stessa una volta irrogata.

Certo l'esistenza di un controllo sull'operato del soggetto deputato all'esercizio dell'azione disciplinare, in termini di *responsabilità dirigenziale*, può indurre a svolgere comunque il procedimento, al fine di preconstituire, in ogni caso, una giustificazione circa la scelta di non procedere all'irrogazione della sanzione. Ma si tratta evidentemente di considerazione in fatto e non di imposizione positiva di un obbligo di esercizio dell'azione disciplinare, anche laddove i contratti collettivi prevedono che, in caso di mancata comunicazione al dipendente, entro un certo termine, della avvenuta segnalazione dei fatti da contestare da parte del capo struttura all'ufficio per i procedimenti disciplinari, «si darà corso all'accertamento della responsabilità del soggetto tenuto alla comunicazione» (cfr. ad es. l'art. 24, c. 4 Ccnl Regioni ed autonomie locali)⁴⁰.

Si è ben consapevoli che nell'invocare la discrezionalità o opportunità dell'azione disciplinare, proprio mentre si va verso una sorta di, seppur parziale, esternalizzazione della stessa per conclamata ineffettività⁴¹, si rischia di avallare più o meno avvertite condotte indulgenti da parte dei soggetti responsabili dell'azione disciplinare. Ma si è convinti che una maggiore effettività di esercizio dei poteri datoriali, insieme al riconoscimento della relativa responsabilità, passi anzitutto appunto dall'attribuzione ai dirigenti delle «capacità e poteri del privato datore di

⁴⁰ La disposizione, che non compare nei Ccnl Università ed Enti di ricerca, va probabilmente letta nel senso del rispetto dei canoni di immediatezza e certezza del procedimento, quindi nell'ambito non dell'*an* del procedura, ma, piuttosto, del *quomodo*: in una situazione, cioè, nella quale già è maturato positivamente il processo volitivo del capo struttura circa la rilevanza disciplinare dell'addebito e la necessità di dare luogo al procedimento.

⁴¹ Ci si riferisce naturalmente al citato Ddl Camera dei Deputati 18.12.2006, n. 2080.

lavoro», riconoscendo ad essi la pienezza delle prerogative manageriali, svincolate da ogni possibile pressione da parte degli organi politici e delle istanze sindacali.

Ad accomunare la posizione del datore di lavoro privato e di quello pubblico, resta, tuttavia, la situazione in cui è lo stesso legislatore a prevedere un "dovere" di procedere in via disciplinare, quale eminentemente rappresentata dall'esercizio del potere nell'ambito della regolamentazione dello sciopero nei servizi essenziali di cui al combinato disposto degli artt. 4, comma 1 e 13 lett. i) della l. n. 146/1990, come modificata dalla l. n. 83/2000 (M.T. Carinci 2001, p. 206; Pascucci 2000, p. 754-755; Santoni 2000, p. 388 e ss.).

Problemi in parte diversi, di cui si darà subito conto, si prospettano invece circa i rapporti tra giudizio penale e giudizio disciplinare, specie alla luce delle disposizioni rese per il settore pubblico dalla l. 27 marzo 2001, n. 97.

7. I rapporti tra illecito penale e procedimento disciplinare.

In materia di rapporti tra procedimento penale e procedimento disciplinare, in particolare quelli sostanziali relativi al pregiudizialità del giudicato penale su quello disciplinare e alla tipologia dei provvedimenti adottabili in pendenza di giudizio penale, è venuta ad incidere, come noto, con forte impatto per il settore pubblico, la legge 27 marzo 2001, n. 97, contenente «Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche» (Noviello e Tenore 2002, p. 277 e ss.; Mainardi 2002a, p. 512 e ss.).

La legge è intervenuta ad intensificare e a rendere più stringente il rapporto tra i due ambiti – penale e disciplinare –, nella considerazione per cui l'indipendenza creata tra i giudizi, già in virtù della modifica del codice di rito penale intervenuta nel 1988, si è in molti casi tradotta in una difforme e discrezionale valutazione da parte delle pp.aa. circa le responsabilità emerse sul piano penale a carico dei propri dipendenti. La legge n. 97/2001 si muove allora nella diversa direzione di accrescere la portata degli esiti del processo penale nell'ambito della relazione disciplinare, rendendo questa volta *vincolante* l'assunzione da parte della p.a. di determinati provvedimenti, proprio in ragione del loro collegamento con le responsabilità accertate in sede penale, talora anche in via non definitiva.

E' così che, proprio in virtù del taglio pubblicistico adottato, si utilizza una particolare relazione tra legge e contratto collettivo, secondo la dibattuta norma dell'articolo 2, comma 2 del d.lgs. n. 165/2001 (già art. 2, comma 2 d.lgs. n. 29/1993) (Riccardi e Speciale 2004, p. 156 ss.).

Il rapporto di derogabilità, riconosciuto dall'art. 2, c. 2 del decreto al contratto collettivo rispetto alla legge, anche in senso peggiorativo, trova una unica eccezione, costituita dalla possibilità, da parte della stessa fonte legislativa, di "proteggere" il proprio prodotto dichiarandosi a sua volta espressamente "inderogabile" da parte del contratto collettivo successivo. La legge n. 97/2001 adotta proprio tale ultimo meccanismo di protezione rispetto alla contrattazione collettiva, sancendo espressamente all'articolo 8, da un lato, la prevalenza delle disposizioni legislative rispetto a quelle contrattuali già esistenti in materia; dall'altro, l'impossibilità da parte dei contratti collettivi successivi all'entrata in vigore della legge di derogare alle stesse disposizioni legislative. In tal modo la norma ha "congelato" il meccanismo di deroga previsto dall'articolo 2 comma 2 e cristallizzato *sine die*, a favore della fonte legislativa, la disciplina della materia, la quale potrà essere superata solo in forza di un successivo e diverso intervento legislativo.

La legge 97/2001 introduce così una vera e propria anomalia nell'ambito di una regolazione degli istituti disciplinari ormai interamente attratta alla sfera di competenza del contratto collettivo, escludendo altresì tale ultima fonte, con la creazione di una qual sorta di riserva di legge anche *pro futuro*, da ogni possibilità di intervento in relazione ai profili e ai rapporti *ivi* regolati; e se tale riserva può ritenersi del tutto giustificata ove la legge del 2001 interviene a modifica di norme del codice penale e di procedura penale rispetto alle quali risulta del tutto pleonastico negare una capacità regolativa del contratto, meno opportuna appare tale riserva ove si provvede ad individuare misure cautelari che il dipendente sconta interamente sul piano del rapporto di lavoro, quali il trasferimento a seguito di rinvio a giudizio (art. 3) e la sospensione a seguito di condanna non definitiva (art. 4).

Stretta dalla clausola di salvaguardia, la contrattazione collettiva successiva (Ccnl della tornata 2002/2005) altro non ha potuto che muoversi nei limiti e secondo le prescrizioni introdotte dalla nuova legge, cercando al più di chiarire alcuni momenti di raccordo tra disciplina legale e disciplina contrattuale preesistente.

La pregiudizialità assoluta del giudicato penale su quello disciplinare ha anzitutto consolidato la regola per cui l'inoltro dell'illecito alla Procura, o la conoscenza altrimenti determinatasi della pendenza del procedimento penale per i medesimi fatti oggetto del giudizio disciplinare, hanno un effetto sospensivo sul procedimento disciplinare: questo andrà riassunto solo dopo la "notizia" del giudicato penale entro i termini perentori di 180 gg. per tutti i reati, abbreviati a 90 gg. per i soli gravi reati di cui all'art. 3 della legge n. 97/2001 (peculato, concussione, corruzione, ecc.) (cfr. art. 26 Ccnl Regioni ed autonomie locali 22 gennaio 2004) (Tenore 2003, p. 872).

Vero è che la contrattazione collettiva ha ribadito il principio, proprio di numerosi interventi della Corte costituzionale sul tema⁴², per cui, anche in presenza di una rafforzata pregiudizialità penale, la sanzione disciplinare deve essere sempre irrogata a seguito di un integrale procedimento disciplinare volto all'accertamento della relativa responsabilità e degli elementi che la caratterizzano, non necessariamente coincidenti, sotto il profilo soggettivo ed oggettivo, con quelli propri della responsabilità penale per i medesimi fatti.

Certo, la modifica apportata dall'articolo 1 della l. n. 97/2001 al testo dell'art. 653 c.p.p. (re)introduce nei confronti dei pubblici impiegati – con un certo ritorno a disposizioni previgenti (cfr. art. 28 c.p.p. del 1930) –, una rilevanza assorbente del giudizio penale che, una volta definito, ed in qualsiasi modo concluso, esaurisce ogni questione in ordine all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e della commissione dell'illecito da parte dell'imputato, sottraendo integralmente tali valutazioni all'autonomia del giudizio disciplinare. La *ratio* della nuova disposizione può quindi essere identificata, oltre che nella regolazione in termini unitari dell'effetto delle statuizioni terminative della sentenza penale alla stregua dei limitrofi artt. 651, 652 e 654 c.p.p., nella necessità di evitare la possibile riapertura del contenzioso in sede disciplinare, nella quale la statuizione cui è

⁴² Cfr. ad es. la nota Corte Cost., 14 ottobre 1988, n. 971, in *RIDL*, 1989, II, p. 669, ove si è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 85, lett. a) del d.p.r. n. 3/1957, il quale sanciva la destituzione «di diritto» del dipendente a seguito – alla stregua di effetto accessorio e automatico – di intervenuta condanna penale irrevocabile dello stesso per i delitti *ivi* elencati, per lo più riconducibili alla categoria dei delitti contro la personalità dello Stato, dei delitti contro la p.a., dei delitti contro la fede pubblica. L'automaticità della destituzione viene considerata dalla Corte come contraria al principio di gradualità della sanzione disciplinare, precludendo una valutazione del caso concreto da parte dell'amministrazione, quale unica titolare del potere disciplinare.

pervenuta la magistratura penale in ordine alla sussistenza del fatto, alla sua illiceità e la imputabilità della commissione da parte del soggetto interessato deve ritenersi pertanto definitivamente acquisita⁴³. Per tali profili, la sentenza penale, "fa stato" nel procedimento disciplinare, condizionando fortemente ogni possibile discrezionalità dell'amministrazione circa gli elementi costitutivi (sussistenza del fatto; illiceità penale; imputabilità/colpevolezza) dell'addebito disciplinare. Onde bisogna ritenere che, se un qualche margine di autonomia permane nel giudizio disciplinare dell'UPD, questa è delimitata alla valutazione delle eventuali circostanze che, nel caso concreto, possono incidere sulla gravità del fatto nel contesto dello specifico rapporto di lavoro, influenzando così la relazione di proporzionalità; ovvero, ed ancora, sulla valutazione dell'elemento soggettivo (colpa, dolo), ovviamente diversa ai fini disciplinari.

In questi termini, è stata introdotta una previsione potenzialmente diversificatrice rispetto alla posizione del lavoratore privato, laddove, invece, ipoteticamente si ammette la possibile rilevanza binaria di una determinata condotta in sede penale rispetto a quella disciplinare.

La soluzione legislativa non va esente da critiche, specie riguardo all'efficacia extrapenale dell'ipotesi "assolutoria" perché il fatto non costituisce illecito penale. Il procedimento disciplinare, in tali ipotesi, può riguardare fatti che, pur non acquisendo rilevanza penale, sono però contrari agli obblighi del dipendente e costituiscono perciò infrazione. Così come, sotto il profilo soggettivo, un'eventuale assoluzione per difetto di dolo potrebbe non svuotare di contenuto l'addebito disciplinare, ove rilevi un comportamento meno qualificato appunto sul piano soggettivo (Papaleoni 2001, 533).

D'altra parte è la stessa contrattazione collettiva ad introdurre una sorta di automatismo che ulteriormente riduce la discrezionalità dell'amministrazione nell'ambito del procedimento disciplinare, anche in sede di scelta circa la sanzione applicabile: è stabilito infatti dai contratti, ferma la necessità del procedimento, che la sanzione del licenziamento senza preavviso, oltre ad essere irrogabile nei casi di interdizione perpetua dai pubblici uffici, rappresenta l'unica misura in caso di condanna «...per i delitti indicati nell'art. 1, commi 1 e 4-septies, lettere a), b) limitatamente all'art. 316 del codice penale, c) ed e) della l. n. 16 del 1992; ...per i delitti previsti dall'art. 3, comma 1 della l. n. 97 del 2001».

8. Una conclusione.

Con uno sguardo alle considerazioni di apertura si può dire che la legge del 2001 sui rapporti tra processo penale e procedimento disciplinare rappresenta bene, per il modello impositivo prescelto, per l'introduzione di automatismi che comprimono e rendono irrilevante ogni capacità valutativa della p.a., nonché per la tecnica di estromissione delle fonti negoziali *ivi* praticata, il crinale sul quale più instabile diventa il sentiero del nuovo datore di lavoro pubblico nella gestione della relazione disciplinare.

⁴³ L'intervento del legislatore ha investito anche gli effetti della sentenza di patteggiamento la quale, pur essendo equiparata, salvo diverse disposizioni di legge, a una pronuncia di condanna, per espressa disposizione contenuta nell'art. 445, c. 1 c.p.p. non aveva efficacia nei giudizi civili o amministrativi. L'art. 2 della l. n. 97/2001, modificando il secondo periodo dello stesso art. 445 c. 1, nel senso di fare salvo «quanto previsto dall'articolo 653» ha equiparato la sentenza di patteggiamento a quella di condanna, appunto circa l'efficacia preclusiva nell'ambito del giudizio disciplinare, sub specie di accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità sotto il profilo penale, nonché della commissione da parte dell'imputato.

Al di là di quel crinale, infatti, si (ri)propongono antichi e rinvigoriti motivi di complessiva sfiducia nella capacità del *management* pubblico di attivare la reazione disciplinare in modo efficiente e tempestivo, per restituire ordine organizzativo ed equilibrio al rapporto contrattuale.

Se la tecnica di questa legge che viene da lontano, figlia di "Tangentopoli" e di un'epoca in cui si poteva essere condannati dalla magistratura penale pur conservando immacolato il rapporto di lavoro con l'amministrazione di appartenenza, appare senz'altro giustificata nell'imporre agli uffici competenti pregiudizialità sostanziali e procedurali sul piano disciplinare; se ciò è vero, nondimeno appare oggi concreto il rischio che, seguendo quella stessa tecnica, il nuovo datore di lavoro pubblico venga spogliato di uno dei suoi poteri caratterizzanti e qualificanti – quello disciplinare – perché fatto confluire su soggetti terzi ed indipendenti, *authority* od altro, con una pericolosa rottura dell'asse potere organizzativo-responsabilità che aveva sino ad oggi costituito il principale collante teorico nell'impianto della dirigenza pubblica privatizzata.

Occorre invece rafforzare questo asse dall'interno, selezionando, anzitutto, una nuova generazione di dirigenti formati sui modelli di gestione cui si ispira la riforma delle amministrazioni pubbliche nei paesi a più avanzata modernizzazione dei servizi; occorre attivare i meccanismi di controllo e valutazione esistenti, i quali ben poco hanno da invidiare, sotto il profilo tecnico, rispetto ad esperienze a noi limitrofe; e pure, occorre contenere le pressioni politiche e politico-sindacali sul *management*, a tutt'oggi causa prima delle lamentate disfunzioni della macchina disciplinare.

Ed allora, forse, è ancora troppo presto per esporre la lunga cordata della riforma del lavoro nelle p.a. ai dirupi sui quali talvolta si affaccia quel crinale: perchè, così, si tralascia la prima buona regola di chi va in montagna, quella di mettere, lentamente, un passo davanti all'altro.

9. Bibliografia:

- ALESSI C. (1994) *Il potere disciplinare nel pubblico impiego riformato*, in *RGL*, I, p. 491 ss.
- APICELLA E.A. – CURCURUTO F. – SORDI P. – TENORE V. (2005) *Il pubblico impiego privatizzato nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano
- ALVARO (2006) *La dirigenza statale. Inquadramento e responsabilità*, Roma
- BATTINI (2000) *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Cedam, Padova
- BENVENUTI F. (1961), *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *ED*, Giuffrè, Milano, IX, p. 739.
- BORGHESI D. (2001) *I primi contratti collettivi definiscono il nuovo statuto dell'arbitrato irrituale*, in *LPA*, p. 165.
- BOSCATI A. (2004) *Verifica dei risultati, responsabilità dirigenziale e Comitato dei Garanti*, in F. Carinci e L. Zoppoli, *Il Lavoro nelle Pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, p. 1160 ss.
- BOSCATI A. (2006a) *Il dirigente dello Stato*, Milano, Giuffrè
- BOSCATI A. (2006b) *Licenziamento del dirigente pubblico tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *LPA*, 2006, 1211 e ss.
- CARABELLI U. (2005), *Conclusioni*, in *Organizzazione e lavoro negli enti locali*, Atti del Convegno di catanzaro 25 febbraio 2005, Rubettino, Soveria Manelli
- CARETTI (2002) *Fonti statali e fonti locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *RE*, p. 951
- CARINCI F. (2001) *La dirigenza nelle amministrazioni dello Stato ex capo II, titolo II, D.Lgs. n. 29/1993 (il modello «universale»)*, in *ADL*, p. 33 ss.

- CARINCI F. (2003) *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in ADL, 17 e ss.
- CARINCI F. (2005) *Il lento tramonto del modello unico ministeriale: dalla "dirigenza" alle "dirigenze"*, in Carinci F. e Mainardi S. (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni. Dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*, Giuffrè, Milano, p. XLIII ss.
- CARINCI M.T. (2001) L'immagine della legge n. 146/1990 nelle pronunce giurisprudenziali: l'affermazione del modello pubblicistico, in QDLRI, 25, p. 187 ss.
- CARLESÌ F. (2006) *IL lavoro presso le pubbliche amministrazioni*, in A. Piogia e L. Vandelli (a cura di), *La Repubblica delle autonomie nella riforma costituzionale*, Bologna, Il Mulino, p. 267 e ss.
- CARUSO B. E ZAPPALÀ L. (2007) *La riforma "continua" delle Pubbliche amministrazioni: licenziare i nullafacenti o riorganizzarne la governance ?*, in LPA, fasc. 1., p. 1 ss.
- CORPACI A. (2002). *L'incidenza del Titolo V della Costituzione in materia di organizzazione amministrativa*, in LPA, suppl. al fasc. 1/2002, p. 47.
- CONTIERI A. (1984) *Potere disciplinare e accordi sindacali nel pubblico impiego*, ESI, Napoli
- D'ALESSIO G., *La disciplina della dirigenza pubblica: profili critici ed ipotesi di revisione del quadro normativo*, in LPA, 2006, 568 s
- D'ANTONA M. (1995) *Le fonti privatistiche. L'autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni in materia di rapporti di lavoro*, in FI, V, p. 29.
- D'AURIA G. (2001) *Il lavoro pubblico dopo il nuovo titolo quinto (parte seconda) della costituzione*, in LPA, 2001, p. 753 e ss.
- DELL'OLIO M. (1999) *I dirigenti e la stabilità*, in ADL, p. 23 ss.
- D'ORTA C. e BOSCATI A. (2004) *Politica e amministrazione*, in F. Carinci e L. Zoppoli, *Il Lavoro nelle Pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, p. 955 ss.
- ESPOSITO M. (1993) *La "nuova" responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti*, in Rusciano e Zoppoli (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, p. 223 ss.
- ESPOSITO M. (1995) *La riforma del potere disciplinare nel lavoro pubblico: dalla riserva di legge alla contrattazione collettiva*, in Rusciano e Zoppoli (a cura di), *Lo spazio negoziale nella disciplina del lavoro pubblico*, Bologna, Il Mulino, p. 251 ss.
- FIORI L. (1996), *Il procedimento disciplinare*, in AA.VV., *Le sanzioni disciplinari negli enti locali*, Giuffrè, Milano, p. 101
- GIARDINO E. (2004) *La responsabilità disciplinare*, in De Marzo e Tomei (a cura di), *Il rapporto di lavoro alle dipendenze degli Enti locali*, Padova, p. 485 e ss.
- GRAGNOLI E., *Principio del contraddittorio e licenziamento del dirigente*, in *Studi in memoria di Salvatore Hernandez*, in DL, 2003, 345
- ICHINO P. (2006) *I nullafacenti*, Milano, Mondadori.
- LANOTTE M. (2003) *Il licenziamento del dirigente pubblico*, Torino, Giappichelli
- LEVI A. (1999) *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in Perone e Sassani (a cura di) *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Cedam, padova.
- LIGNANI P.G. (1998) *La responsabilità disciplinare dei dipendenti dell'amministrazione statale*, in Sorace (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, Padova, 1998.
- LISO F. (2000) *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in F. Carinci e M. D'Antona (diretto da) *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, p. 177 ss.

- LUCIBELLO P. (1998) *La responsabilità disciplinare nel pubblico impiego: nodi e questioni*, in *DPub*, p. 453.
- MAINARDI S. e MISCIONE M. (1995) *Potere e responsabilità disciplinare*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Commentario diretto da F. Carinci, Giuffrè, Milano
- MAINARDI S. (1998) *L'estinzione del rapporto*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche - I contratti collettivi per le aree dirigenziali*, Commentario diretto da F. Carinci e C. D'Orta, Giuffrè, Milano, p. 393 e ss.
- MAINARDI S. (2002a) *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico – Sub art. 2106*, in *Commentario del Codice civile* diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano
- MAINARDI S. (2002b) *La responsabilità dirigenziale e il ruolo del Comitato dei Garanti*, in *LPA*, 1078 e ss.
- MAINARDI S. (2006) *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della legge 9 marzo 2006, n. 80*, in *LPA*, 12 e ss.
- MASTROGIUSEPPE e RUFFINI (2005) *I regolamenti sull'ordinamento degli uffici e dei servizi e lo sviluppo organizzativo*, in *RU*, 2005, 2, p. 95;
- MAZZONI G. (1971) *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè
- MISCIONE M. (2000) *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, in Carinci F., D'Antona M. (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*. Commentario, Giuffrè, Milano, p. 1649 ss.
- MONTUSCHI L. (1973) *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano
- MONTUSCHI L. (1991) *Potere disciplinare e rapporto di lavoro privato*, in *QDLRI*, n. 9, p. 9 e ss.
- MONTUSCHI L. (1997) *Un caso di riduzione delle tutele: il rapporto di lavoro del dirigente di azienda*, in *RIDL*, II, p.363.
- MOR G. (1991) *Il potere disciplinare nel pubblico impiego: tendenze recenti*, in *QDLRI*, 9, p. 27 ss.
- NAPOLI M. (1980), *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, Franco Angeli
- NICOSIA G. (2000) *La dirigenza sanitaria tra regime generale e regime speciale*, in *LPA*, p. 131.
- NICOSIA G. (2003) *La dirigenza statale tra fiducia, buona fede ed interessi pubblici*, in *DLRI*, p. 253
- NICOSIA G. (2007) *La responsabilità dei dirigenti pubblici, sub. artt. 13-29*, in Amoroso, Di Cerbo, Fiorillo, Maresca (a cura di), *Il Diritto del Lavoro*, III, *Il lavoro pubblico*, Milano, Giuffrè, p. 259 ss.
- NOVIELLO G. (2004) *Riflessi della natura privatistica degli atti del procedimento disciplinare nel pubblico impiego "depubblicizzato"*, in *Gestione delle risorse umane. Il sistema disciplinare nel lavoro pubblico*, Formez, Roma.
- NOVIELLO G. e TENORE V. (2002) *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, Milano
- OFFIDANI A.M. (1953) *Studi sull'ordinamento giuridico speciale (il concetto della supremazia speciale nell'evoluzione della dottrina)*, Giuffrè, Milano
- PAPALEONI M. (1996) *Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore*, Jovene, Napoli.
- PAPALEONI M. (2001) *Considerazioni sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare nei confronti dei dipendenti pubblici*, in *LPA*, p. 527 ss.
- PASCUCCI P. (2000) *Le sanzioni*, in Pascucci (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Milano, Ipsoa, p. 244 ss.

- PEDACI (1997) *Alcune notazioni in margine all'art. 59 quarto comma del d.lgs. n. 29 del 1993 ed all'art. 24 settimo comma del CCNL 94/97 del personale degli enti locali: l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari*, in *TAR*, fac. 1, 2, p. 51.
- PEGORARO L. e GIUPPONI T. (2002) *L'autonomia normativa degli enti locali nella riforma del Titolo V della Costituzione (l.cost. n. 3/2001)*, in DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2001*, Torino, p. 283 e ss.
- PELLACANI G. (1994) *L'applicabilità dello Statuto dei lavoratori*, in Galantino (a cura di), *Il rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione: profili di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, p. 55 ss.
- PERA G. (1972) *Sub art. 7*, in Assanti e Pera, *Commento allo Statuto dei lavoratori*, Padova, Cedam, p. 74 e ss.
- PERA G. (1995) *Non esiste il licenziamento c.d. disciplinare del dirigente?*, in *GC*, I, p. 1760.
- PERSIANI (1966) *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova
- PICCININI I. (1995) *Il potere disciplinare*, in *QDLRI*, 9, p. 261 ss.
- PICCININI I. (1998), *Sanzioni disciplinari, III) Impiego pubblico privatizzato*, in *EGT*, Roma, (aggiornamento), vol. XXVIII
- RICCARDI A. e SPEZIALE V. (2004) *Il rapporto tra fonti unilaterali e contratto collettivo*, in Carinci F. e Zoppoli L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, Utet, p. 156 ss.
- RUSCIANO M. (1978) *L'impiego pubblico in Italia*, Il Mulino, Bologna
- RUSCIANO M. (2002) *La dirigenza pubblica locale: tra vecchie impostazioni e nuove tendenze*, in *LPA*, 893 e ss.
- SALOMONE R. (2005) *Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale*, Padova, Cedam
- SALOMONE R. (2006) *Spoils-system regionale e riparto di competenza: via libera dalla Consulta*, in *LPA*, 692 e ss.
- SANTONI F. (2001) *Le sanzioni*, in Santoni (a cura di), *Le regole dello sciopero*, Napoli, Jovene, p. 177.
- SGROI M. (2006) *Dalla contrattualizzazione dell'impiego all'organizzazione privatistica dei pubblici uffici*, Giappichelli, Torino.
- SORDI P. (2001) *Il licenziamento del dipendente pubblico: il quadro legale*, in *LPA*, p. 290 ss.
- SPAGNUOLO VIGORITA L. e FERRARO G. (1975) *Commento all'art. 7*, in Prosperetti U. (diretto da) *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano.
- TENORE V. (2003) *Il procedimento disciplinare dopo i contratti collettivi del quadriennio normativo 2002-2005*, in *LPA*, 2003, p. 853 e ss.
- TALAMO V. (2000) *Lo strano caso del comune di Curinga (ovvero politici, dirigenti e contratti integrativi negli enti locali)*, in *LPA*, 779.
- TALAMO V. (2001) *Il d.lgs. n. 165/2001 fra tradizione e discontinuità: guida ad un testo unico «meramente compilativo»*, in *LPA*, suppl. al fasc. n. 2/2001, p. 9 e ss.
- TAMPIERI A. (1996) *Contrattazione collettiva e potere disciplinare nel lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano
- TERRANOVA S. (1995) *Il rapporto di pubblico impiego*, II ed., Giuffrè, Milano, 1995
- TOSI P. (1989) *La questione del licenziamento disciplinare del dirigente di azienda*, in *NGL*, 2 (suppl), p. 176 e ss.
- TOSI P. (2001) *Dirigenze pubbliche e private*, in *ADL*, p. 59 e ss.
- TROJSI A. (2005) *Lavoro pubblico e riparto di potestà normativa*, in *LPA*, p. 491 e ss.
- TROJSI A. (2007) *Potestà legislativa e competenza regionale*, in *ADL*, p. 57 e ss.

- TROVATO A. (2004) *La titolarità del potere disciplinare nelle p.a.*, in in *Gestione delle risorse umane, Il sistema disciplinare nel lavoro pubblico*, Formez, Roma
- TULLINI P. (1989) *Potere disciplinare e art. 7: bilancio di un'esperienza*, in *QDLRI*, 6, p. 190.
- VALENTI (1996) *Sanzioni disciplinari, competenze demandate al Comune. Schema di regolamento*, in *AI*, 5, p. 775
- VIOLA L. (1996) *Introduzione minima al diritto disciplinare del pubblico impiego privatizzato*, in *RGL*, I, p. 542.
- VIRGA P. (1999) *La responsabilità disciplinare*, in *Atti del XLIV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1999.
- ZANGROSSI L. (1995) *Il procedimento disciplinare nel rapporto di pubblico impiego dopo il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29*, in *CdI*, p. 1606 e ss.
- ZOLI C. (1991) *L'esercizio del potere disciplinare*, in *QDLRI*, 9, p. 61 ss.
- ZOLI C. (2005) *La dirigenza pubblica tra autonomia e responsabilità: l'attribuzione degli incarichi*, in *LPA*, p. 263 ss.
- ZOLI C. (2007) *L'impiego flessibile negli enti locali*, in *QDLRI*,
- ZOPPOLI L. (1991) *Potere disciplinare e unificazione normativa del lavoro*, in *QDLRI*, 9, p. 37
- ZOPPOLI L. (1996) *Le trasformazioni dei servizi pubblici e il diritto del lavoro*, in *LD*, p. 87 ss.
- ZOPPOLI L. (2003) *La reintegrazione del dirigente pubblico tra «capriccio degli organi politici» e «giurisprudenza creativa»*, in *DLM*, p. 527.
- ZOPPOLI L. (2007) *Qualità dei servizi e del lavoro nell'eterna riforma delle pubbliche amministrazioni*, Relazione per il Convegno nazionale DICCAOP, SNALCC, CONFISAL – *Verso una nuova qualità dei servizi e del lavoro nelle amministrazioni pubbliche*, Napoli 13 aprile 2007, dattiloscritto, in corso di pubblicazione in *LPA*.